الذخيرة البرهانية

المسمى ذخيرة الفتاوى

في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلّامة برهان الدّين أبي المعالي

محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة

المرغيناني البخاريّ (المتوفّى سنة ٦١٦ هجرية)

تحقيق

د. أبو أحمد العادلي | إبراهيم محمّد إبراهيم سليم

أسامة كمال عُبيد | عربي إبراهيم عبد الله

فهيم السّيّد فهيم التحيويّ | صابر يوسف طعيمة

الجزء الحادي عشر

يحتوي على:

الصّرف - المداينات - الحوالة - الصّلح -

الرّهن - المضاربة - الإجارات



أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: الذخيرة البرهانيّة

Title: AḎ-ḎAḪĪRA AL-BURHĀNIYYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة
المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad
Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهيم السيد فهيم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتـــب العلمـيـــــة - بيــــروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (15Vols./15Parts)	8208 (١٥ جزء/١٥ مجلد)	عدد الصفحات
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2019 A.D. - 1440 H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon / لبنـــان	بلد الطباعة
Edition	1st	الطبعة الأولى

http://www.al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
sales@al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الصرف(١)

---

(١) الصرف لغة: تطلق كلمة صرف في اللغة على معان متعددة، منها:
١- الفضل والزيادة: يقال لهذا صرف على هذا، أي فضل، وبين الدرهمين صرف، أي فضل، لجودة فضة أحدهما.
والصرف في الدرهم هو فضل بعضه على بعض في القيمة.
فالصرف هو فضل الدرهم على الدرهم، والدينار على الدينار؛ لأن كل واحد منهما يصرف عن قيمة صاحبه.
٢- البيع والمبادلة: فيطلق الصرف على بيع الذهب بالفضة؛ لأنه ينصرف به عن جوهر إلى جوهر، وصرفت الذهب بالدراهم؛ أي بعته. وصرف النقد بمثله، بدله، والصراف هو من يبدل نقدًا بنقد.
٣- الرد والتحويل: صرف الشيء صرفًا: رده عن وجهه، وانصرف عنه: تحول عنه وتركه، ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ صَرَفَكُمْ عَنْهُمْ لِيَبْتَلِيَكُمْ وَلَقَدْ عَفَا عَنكُمْ وَٱللَّهُ ذُو فَضْلٍ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾.
والمعنى ردكم الله عن الكفار بالهزيمة بعد أن استوليتم عليهم ليمتحنكم فيظهر المخلص من غيره.
٤- التقلب والحيلة: يقال: فلان يصرف ويتصرف ويصطرف لعياله؛ أي يكتسب لهم، وصرفت الصبيان: قلبتهم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَتَصْرِيفِ ٱلرِّيَٰحِ وَٱلسَّحَابِ ٱلْمُسَخَّرِ بَيْنَ ٱلسَّمَآءِ وَٱلْأَرْضِ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ﴾. أي: تقليبها جنوبًا وشمالاً، باردة وحارة بما ينفع الناس، والمخلوقات والزرع.
٥- الإنفاق: صرف المال: أنفقه، والتصريف في جميع البياعات: إنفاق الدراهم، والتصريف في الدراهم: إنفاقها.
٦-الصرف: هو التوبة، أو القيمة، والميل، والنافلة: قيل: الصرف: التوبة، والعدل: الفدية، ومنه قوله ﷺ: «لا يقبل الله منه صرفًا ولا عدلًا». وقيل الصرف النافلة، والعدل الفريضة، وقيل: الصرف: القيمة، والعدل: المثل، وقيل: الصرف: الميل، والعدل: الاستقامة.
وقد اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، على أن مصطلح الصرف يطلق على مبادلة النقد بالنقد، بجنسه ومن غير جنسه، وإن كانت تعبيراتهم مختلفة في اللفظ، ولكنها متفقة في المعنى. ولإيضاح ما أجمل نذكر تعريفاً لكل مذهب، وذلك على الوجه الآتي:
تعريف الصرف وفي الاصطلاح:
عرفه الحنفية: بأنه: بيع الأثمان بعضها ببعض كبيع الذهب بالذهب أو الذهب بالفضة.
وعرفه المالكية: بأنه بيع النقد بنقد مغاير لنوعه كبيع الذهب بالفضة، أما بيع النقد بنقد مثله فهو مراطلة إذا كان بالوزن، ومبادلة إذا كان بالعدد.
وعرفه الشافعية بأنه: بيع النقد من جنسه ومن غير جنسه.
ويذكر الإمام النووي فائدة في تسمية الصرف فيقول: قال الأصحاب، الصرف: بيع =

. . . .

= الذهب بالفضة والفضة بالذهب والذهب بالذهب ورأيت في مختصر البويطي ما يقتضي أن الصرف اسم لبيع أحد النقدين بالآخر والمصارفة اسم لبيع النقد بجنس.

وعرفه الحنابلة بقولهم: المصارفة بيع نقد بنقد اتحد الجنس أو اختلف.

ينظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ٢)، شرح فتح القدير (٧/ ١٣٣)، مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٢٦)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢)، مغني المحتاج للشربيني الخطيب (٢/ ٢٥)، الروض المربع (٢/ ١٠٧)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٧٣)، وكشاف القناع (٣/ ٢٦٦ - ٢٧١)، ومطالب أولي النهى (٣/ ١٧٣).

وعقد الصرف مشروع بالكتاب، والسنة، والإجماع:

أما الكتاب: فقد قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾.

وجه الدلالة من الآية: دلت الآية بعمومها على مشروعية البيع، والصرف نوع من أنواع البيع، وذلك بإجماع الفقهاء.

ومن السنة: أحاديث كثيرة - أذكر منها:

ما رواه البخاري - عن عبد الرحمن بن أبي بكرة قال: قال أبو بكرة - رضي الله عنه - قال رسول الله ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء، والفضة بالفضة إلا سواء بسواء، وبيعوا الذهب بالفضة والفضة بالذهب كيف شئتم» [أخرجه البخاري (٢١٧٥، ٢١٨٢)، ومسلم (١٥٩٠)، والنسائي (٧/ ٢٨٠، ٢٨١)، وأحمد (٥/ ٣٨، ٣٩) وابن حبان (٥٠١٤)، والبيهقي (٥/ ٢٨٢)].

وروى البخاري عن ابن شهاب عن مالك بن أوس أخبره: أنه التمس صرفًا بمائة دينار، فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا، حتى اصطرف منى، فأخذ الذهب يقلبها في يده ثم قال: حتى يأتي خازني من الغابة، وعمر يسمع ذلك. فقال: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء» [أخرجه البخاري (٤/ ٤٠٨) في كتاب البيوع، باب: ما يذكر في بيع الطعام والحكرة (٢١٣٤)، (٤/ ٤٤١، ٤٤٢)، في البيوع، باب: التمر بالتمر (٢١٧٠)، وفي باب بيع الشعير بالشعير (٢١٧٤)، ومسلم (٣/ ١٢٠٩)، في المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا (٧٩/ ١٥٨٦)].

وجه الدلالة من الحديثين: يدل الحديثان بوضوح على جواز الصرف، واشتراط التقابض في المجلس وقبل التفرق، وأنه لا بد من التماثل في الجنس الواحد، فإذا اتحد الجنس فلا بد من التماثل والتقابض في المجلس، وإن اختلف الجنس كذهب بفضة - فلا يشترط التماثل وإنما يشترط التقابض في المجلس فقط، ويوضح ذلك قولي الإمام النووي، وابن عبد البر التاليين:

وأما الإجماع: فقد نقله وقال به أكثر من واحد.

قال الإمام النووي: «تحريم النسيئة وهو حرام في الجنس والجنسين إذا كان العوضان جميعًا من أموال الربا كالذهب بالذهب والذهب بالفضة، والحنطة بالحنطة، والحنطة بالتمر، وذلك مجمع عليه بين المسلمين». =

هذا الكتاب يشتمل على اثني عشر فصلا:

الفصل الأول

في بيان شرط جوازه وحكمه

أما بيان شرط جوازه على الخصوص ثلاثة:

أحدها: ألا يتفرقا إلا عن تقابض، والمراد منه: تفرق الأبدان لا الذهاب عن موضع الجلوس للعقد لما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى، ثم قبض أحد البدلين قبل التفرق في بيع الدراهم[١] بالدراهم، وفي بيع الدينار بالدينار، وفي بيع الدرهم[٢] بالدينار، اشتراطه على موافقة القياس؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات بالتعيين، أما يتعينان بالقبض فشرطنا قبض أحد بدلي الصرف لتزول الدينية على أحد بدلي الصرف، فإنه على موافقة القياس كما في سائر البياعات،

= وقال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد».

وقال ابن عبد البر: «وجملة مذاهب العلماء في ذلك أن الذهب والورق يدخلهما الربا في الجنس الواحد من وجهين... وهما التفاضل والنسيئة فلا يجوز ذهب بذهب إلا مثلاً بمثل يدًا بيد وكذلك الورق بالورق، فأما الجنسان بعضهما ببعض كالذهب بالورق فجائز التفاضل فيها بإجماع من العلماء، ولا يجوز فيها النسيئة بإجماع من العلماء».

ينظر: مختار الصحاح، ص (٣٦١، ٣٦٢)، والقاموس المحيط (٣/ ١٦١، ١٦٢)، ولسان العرب (٩/ ١٩٠) مادة (صرف)، والمصباح المنير (١/ ٤٦٢) مادة (صرف)، والمعجم الوسيط (١/ ٥١٥، ٥١٦) مادة (صرف)، والسراج المنير في الإعانة على معرفة بعض معاني كلام ربنا الحكيم الخبير، للشيخ الإمام الخطيب الشربيني، وبهامشه التفسير المسمى بأنوار التنزيل وأسرار التأويل، للقاضي البيضاوي، طبع بالمطبعة الخيرية، الكتبخانة، الأزهر (١/ ٢٠٩)، وشرح القاموس المسمى بتاج العروس (٢/ ١٦٢، ١٦٣)، والصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية (٤/ ١٣٨٥، ١٣٨٦)، وينظر: شرح فتح القدير، لابن الهمام (٧/ ١٣٣)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢)، مغني المحتاج (٢/ ٢٥)، فتح الباري (٤/ ٤٤٣)، المجموع، للنووي (١٠/ ٦٨)، الشرح الكبير مع المغني، لابن قدامة (٤/ ١٦٥)، كشاف القناع (٣/ ٢٦٦)، الاستذكار، لابن عبد البر (١٩/ ٢١٩)، التمهيد، - لابن عبد البر (١٦/ ١٢).

(١) في ج: الدرهم.

(٢) في أ: الدراهم.

وكذلك اشتراط قبض أحد بدلي الصرف فيما يتعين بالتعيين من الذهب والفضة وهو ما إذا بيع التبر بالتبر أو بيع القلب بالقلب على مخالفة القياس، فإن في سائر البياعات، إذا بيع عين بعين لا يشترط قبضهما، ولا قبض أحدهما قبل التفرق يجب أن يكون في الصرف كذلك مع هذا شرط قبض أحد البدلين إذا بيع القلب بالقلب، وشرط قبض البدلين إذا بيع الدراهم بالدراهم، والدنانير [بالدنانير](١)، عرف ذلك بالنصوص. من جملة ذلك قوله عليه السلام: «الفضة بالفضة وزن بوزن يد بيد والذهب بالذهب وزن بوزن يد بيد»(٢).

فإن قيل: كيف يجوز أن يقال بأن قبض بدلي الصرف قبل الافتراق شرط جواز العقد وأنه يشترط بعد العقد لإحالة العقد، وشرط الجواز ما يشترط حالة العقد كالشهادة في باب النكاح والمالية في بيع العين بالثمن، فأما ما يجب بعد العقد يكون حكم العقد لا شرط جواز العقد.

قلنا: شرط [جواز العقد](٣) ما يشترط مقارنًا لحالة العقد إلا أن اشتراط القبض مقارنًا بحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض؛ لما فيه من إثبات اليد

---

(١) سقط في أ.

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١) كتاب المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا حديث (٨٠/ ١٥٨٧)، وأبو داود (٣/ ٦٤٣) كتاب البيوع، باب: في الصرف، حديث (٣٣٤٩)، والترمذي (٣/ ٥٤١) كتاب البيوع، باب: ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل، حديث (١٢٤٠)، والنسائي (٧/ ٢٧٤، ٢٧٥) كتاب البيوع، باب: بيع البر بالشعير، وابن ماجه (٢/ ٧٥٧) كتاب التجارات، باب: الصرف (٢٢٥٤)، وأحمد (٥/ ٣١٤)، والدارمي (٢/ ٢٥٨، ٢٥٩) كتاب البيوع، باب: في النهي عن الصرف، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٦٦)، وابن الجارود رقم (٦٥)، والدارقطني (٣/ ٢٤) كتاب البيوع، حديث (٨٢)، والبيهقي (٥/ ٢٧٧، ٢٧٨).

وقال الترمذي: حسن صحيح. كلهم عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلاً بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فإِذَا اخْتَلَفَتْ هذِهِ الأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ؛ إِذَا كانَ يَدًا بِيَدٍ».

(٣) في ج: الجواز.

على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس؛ لأن مجلس العقد حكم حالة العقد كما في الإيجاب والقبول، فصار القبض موجودًا بعد العقد إذا وجد في مجلس العقد كالموجود وقت العقد من حيث الحكم، ولو كان موجودًا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط جواز العقد، وكذا إذا كان موجودًا وقت العقد من حيث الحكم، ثم اختلف المشايخ - رحمهم الله - أن التقابض قبل الافتراق شرط صحة العقد أو شرط بقائه على الصحة، وإلى كل واحد منهما أشار محمد - رحمه الله - في الكتاب، فعلى قول من يقول: إنه شرط بقاء العقد لا يتأتى هذا الإشكال، وعلى قول من يقول: [شرط](١) صحة العقد يتأتى [هذا](٢) الإشكال، ولكن وجه الجواب ما ذكرنا.

الشرط الثاني: ألا يكون في هذا العقد خيار الشرط لأحدهما؛ لأن الخيار استثناء لحكم العقد وهو الملك عن العقد، فيمتنع الملك ما بقي الخيار، وإذا امتنع الملك يمتنع القبض الذي يحصل به التعيين.

[**الشرط الثالث**: ألا يكون في هذا العقد أجل؛ لأن شرط الأجل ينعدم لاستحقاق القبض الذي به يحصل التعيين](٣). فرجع الكل إلى معنى واحد أن الفساد بسبب انعدام القبض الذي يحصل به التعيين [وخيار الرؤية](٤)، وخيار العيب يخالف خيار الشرط والأجل في هذا الباب؛ لأن بخيار العيب والرؤية لا يمتنع الملك فكان القبض الذي يحصل به التعيين ثابتًا، فيصح العقد ولا كذلك الأجل وخيار الشرط، فهذا هو الفرق بين هذه الفصول، وإن افترقا من غير تقابض أو(٥) شرط الخيار أو(٦)

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) المثبت من المحيط البرهاني.
(٥) في أ: و.
(٦) في أ: و.

الأجل، فسد البيع ثم لا يصح بعد ذلك أبدًا، أما [إذا افترقا][(١)] من غير تقابض[(٢)]؛ فلأنه فات شرط صحة العقد وهو المعين أيضا إذا كان فيه أجل فإنما يفسد العقد إذا لم يتقابضا، فأما إذا تقابضا لا يفسد العقد؛ لأن الإقباض يكون إسقاطًا للأجل ولو شرطا الخيار ثم أبطلا قبل الافتراق أو كان الخيار لأحدهما فأبطله الذي هو له قبل الافتراق جاز استحسانًا عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -.

والكلام فيه نظير الكلام فيما إذا شرط الخيار في بيع العين أربعة ثم أسقطا الخيار قبل دخول اليوم الرابع، وقد مر الكلام فيه في كتاب البيوع، وإن كان لأحدهما أجل فيما عليه أو لهما فأبطلا ما لهما من الأجل قبل التفرق جاز استحسانًا.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أن صاحب الأجل إذا أسقط الأجل لا يبطل حتى يرضى به صاحبه.

وفرق بين هذا وبين الخيار، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأن الأجل يثبت حقًا لصاحب الأجل، وصاحب الحق يتمكن من إسقاط حقه من غير أن يتوقف على رضا غيره؛ ألا ترى أن خيار الشرط لما كان يثبت حقا للمشروط له الخيار، فالمشروط له الخيار متمكن من إسقاطه من غير أن يتوقف؛ لتوقف ذلك على رضا غيره؛ كذا هاهنا.

ثمّ فرق بين بيع الدراهم بالدراهم والدنانير بالدنانير، وبين بيع الفلوس بالدراهم أو بالدنانير، حيث لم يشترط في بيع الفلوس بالدراهم وفي بيع الفلوس بالدنانير قبض البدلين قبل الافتراق، فاكتفى بقبض أحد البدلين.

وفي بيع الدراهم بالدراهم، والدنانير بالدنانير، والدنانير بالدراهم يشترط قبض البدلين، وقد ذكرنا الفرق في كتاب البيوع، ولا يفيد النساء في أحد البدلين في الدراهم بالدنانير وأشباه ذلك، ثم إن المشروط له النسيئة ونقد البعض دون البعض

---

(١) المثبت من المحيط البرهاني.

(٢) في أ: قبض.

فسد البيع في الكل في قول أبي حنيفة رحمه الله، وذلك بأن يشتري دينارًا بعشرة دراهم إلى شهر فنقد خمسة ثم افترقا.

قال: يجوز بحصة الخمسة، وإن اشتراه بخمسة نقد وبخمسة نسيئة فنقد الخمسة وافترقا فالصرف فاسد كله؛ لأن العقد وقع على الفاسد، ولو نقد العشرة كلها جاز وهذا نقض(١) لما كان قبله، ذكر المسألة على هذا الوجه في المنتقى.

وفي القدوري: لو اشترى دينارًا بعشرة دراهم نسيئة ثم نقد بعض العشرة دون البعض فسد البيع في الكل في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يصح بمقدار ما قبض، ولو قبض الدراهم وهي مستحقة فالقبض صحيح، وإذا أجازه المالك ينفذ. والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) في أ: نقد.

ومما يتصل بهذا الفصل:

معرفة حد التفرق، فاعلم بأن التفرق الذي أوجب بطلان عقد الصرف أن يتفرق المتعاقدان بأبدانهما عن مجلس الصرف قبل التقابض فيأخذ كل واحد منهما في جهة أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر، وهذا تفرق معتبر يوجب بطلان العقد سواء كان البيع دينًا بدين كالدراهم بالدنانير أو أحدهما بصاحبه.

أو [كان][١] عينًا بعين كالأواني في[٢] القلب وهذا؛ لأن القلب أو الآنية وإن كان يتعين بالتعيين إلا أن معنى الثمنية لا تبطل بالصيغة؛ لأن هذا معنى لازم بأصل التخليق فألحق بجنسه وهو الدراهم والدنانير، فيشترط قبض البدلين في المجلس كما في الدراهم والدنانير.

ولو قاما عن مجلس الصرف فذهبا معًا في جهة واحدة فرسخًا أو ما أشبه ذلك ثم تقابضا قبل أن يفارق أحدهما صاحبه، جاز العقد، وهذا دليل على أن العبرة التفرق[٣] بالأبدان لا الذهاب عن مجلس العقد.

قال: وكذلك لو طال قعودهما في مجلس العقد أو ناما في مجلس العقد أو أغمي عليهما ثم تقابضا قبل أن يفارق أحدهما صاحبه جاز هكذا[٤] ذكر القدوري رحمه الله في كتابه.

وذكر مسألة النوم والقعود[٥] والإغماء علي بن الجعد[٦] عن أبي يوسف على نحو ما ذكر القدوري رحمه الله.

وذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله مسألة الذهاب معًا ميلاً أو أكثر على نحو

(١) سقط في أ.
(٢) في ج: و.
(٣) في أ، ج: للتفرق.
(٤) في أ، ج: هذا.
(٥) في ج: والعقوده.
(٦) في أ: الجعدي.

ما ذكر القدوري - رحمه الله - فقال[١]: إذا ناما أو نام أحدهما فهذه فرقة، ولو ناما جالسين لم تكن فرقة.

وعن محمد رحمه الله رواية أخرى: إذا نام[٢] طويلاً بطل الصرف، وإن كان يسيرًا فهو على صرفه، فهذه المسألة دليل أيضًا أن العبرة للتفرق بالأبدان، والأصل في ذلك ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «وإن [استنظرك أن][٣] يدخل بيته فلا[٤] تنتظره»[٥]، وقال أيضًا: وإن وثب من سطح فثب[٦] معه، وكذلك إن قام أحدهما عن المجلس وبقي الآخر كذلك لا يبطل الصرف ما لم يتفرقا بأبدانهما؛ لأنهما لو قاما معًا وذهبا معًا لا يبطل الصرف، فإذا قام أحدهما أولى.

قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: ولا يشبه هذا خيار المخيرة، يريد به: أن خيار المخيرة يبطل بالقيام عن المجلس؛ لأن خيار المخيرة يبطل بالإعراض، والقيام[٧] عن المجلس دليل الإعراض.

فأما بطلان الصرف بالافتراق بالأبدان قبل قبض البدلين، وذلك لا يتحقق بمجرد قيام أحدهما أو قيامهما عن المجلس.

وعن محمد - رحمه الله - رواية أخرى: أنه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال: يبطل بما هو دليل الإعراض كالقيام عن المجلس والنوم طويلاً وأشباه ذلك.

وعن محمد - رحمه الله -: إذا[٨] كان لرجل على غيره ألف درهم وكذلك الغير

(١) في ج: قالا.
(٢) في ج: ناما.
(٣) في ج: استنظر بأن.
(٤) في ج: ولا.
(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨/ ١١٦)، حديث (١٤٥٤٢)، و ينظر: الأصل، للشيباني (٢/ ٥٨٨)، الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/ ٨١)، البناية شرح الهداية (٦/ ٦٨٩).
(٦) في ج: فثبت.
(٧) في ج: والقياس.
(٨) في ج: أنه إذا.

عليه مائة دينار فأرسل من عليه الدراهم إلى صاحبه رسولًا، وقال: بعتك الدنانير التي لي عليك بالدراهم التي لك علي، فقال صاحبه: قد قبلت فهو باطل.

علل، فقال: من قبل أنهما تصارفا وهما متفرقان، ومعنى هذا الكلام: أن عبارة الرسول تنتقل إلى المرسل، فكأن المرسل باشر البيع مع صاحبه وهما متفرقان حقيقة، وأما في البيع إذا أرسل رسولًا فقال: بعتك العبد الذي في مكان كذا، فقبل ذلك الرجل البيع جائز؛ لأن أكثر ما فيه أن يجعل المرسل تكلم بالعقد مع صاحبه وهما متفرقان، إلا أن الافتراق في غير الصرف ليس بصائر.

وعن محمد - رحمه الله - فيمن قال لقوم: اشهدوا أني اشتريت من ابني الصغير هذا الدينار بعشرة دراهم، ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل؛ لأنه [لا][١] يمكن اعتبار الافتراق بالأبدان؛ لأن العاقد هو فيعتبر المجلس. والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) المثبت من المحيط.

الفصل الثاني

في بيع الدرهم بالدرهم، والدينار بالدينار، والدرهم بالدينار

وفي بيع الفلوس: مسائل بيع الدراهم بالدراهم، والدنانير بالدنانير، والدراهم بالدنانير مرت في كتاب البيوع، وبعض مسائل بيع الفلوس ذكرناها في كتاب البيوع أيضا ومن جملة ما لم يذكر من مسائل بيع الفلوس ثمة:

إذا اشترى [الرجل](١) متاعًا بعينه، أو عرضا بعينه، أو فاكهة بعينها بفلوس ليست عنده، فهو جائز؛ لأن الفلوس ثمن كالدراهم والدنانير، ولو اشترى شيئًا بعينه مما ذكرنا بدراهم أو دنانير ليست عنده، جاز الشراء كذا هاهنا.

ولو(٢) اشترى متاعًا بعينه بدراهم بعينها، [ثم](٣) كان له أن يعطي مثل تلك الدراهم، كذا هاهنا.

فإن قيل: الفلوس إنما صارت ثمنًا باصطلاح الناس لا بالشرع، فإذا عينا الفلوس في العقد، فقد قصدا تعليق العقد بالمعين(٤) وجعله مثمنًا فيجب أن يبطل الاصطلاح على الثمنية في حقهما، قال أبو حنيفة، رضي الله عنه فيمن باع فلسًا بعينه بفلسين بأعيانهما، فإنه [يجوز و](٥) ينفسخ الاصطلاح على الثمنية في حقهما تحقيقًا لجواز البيع؛ إذ لا يجوز هذا البيع مع بقاء الثمنية.

والجواب عن هذا الإشكال أن يقال: بأن التعيين محتمل، يجوز أن يكون لتعليق العقد بالعين، ويجوز أن يكون لبيان قدر الواجب وصفته كأنه قال: بعت منك بمثل هذه الفلوس، فإن كان التعيين(٦) لتعليق العقد به ينفسخ ذلك الاصطلاح السابق،

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: وإذا.
(٣) سقط في ج.
(٤) في أ: بالعين، وفي ج: العين بالعين.
(٥) المثبت من المحيط.
(٦) في أ: البيع.

وإن كان لبيان القدر الواجب في الذمة وصفته لا ينفسخ الاصطلاح السابق، فلا يثبت الانفساخ بالاحتمال حتى لو تصادقا أنهما قصدا تعليق العقد بعينه يقول: بأنه يبطل ذلك الاصطلاح وتصير الفلوس مثمنًا لا يجوز للمشتري أن يعطي البائع مثلها، وفيما أورد من المسألة الاصطلاح على الثمنية لم يبطل بسبب[١] التعيين لكون التعيين محتملاً على ما ذكرنا، كما في هذه المسألة، وإنما بطل الاصطلاح ثمة مقتضى جواز[٢] البيع؛ لأن البيع لا يجوز، وهما ثمنان؛ لأن بيع الأثمان واحد باثنين من جنس واحد لا يجوز كبيع الدرهم بالدرهمين، وهاهنا الجواز[٣] ثابت من غير يقين[٤]، فإن بيع المتاع بفلوس في الذمة، جائز[٥] ولا تبطل الثمنية لا مقتضى[٦] جواز البيع، ولا مقتضى[٧] التعيين، ولو أعطى تلك الفلوس وافترقا، ثم وجد فيها فلسًا لا ينفق فرده واستبدله هل ينتقض العقد؟

ففي هذه الصورة، وهو ما إذا كان الفلوس ثمن متاع لا يبطل العقد سواء كان المردود قليلاً أو كثيرًا، استبدل أو لم يستبدل؛ لأن أكثر ما فيه أن القبض في الفلوس قد انتقض بالرد، وصار كأن لم يكن، إلا أنه لو لم يقبض الفلوس وافترقا لا ينتقض [العقد][٨]؛ لأن الافتراق حصل عن عين بدين كذا هاهنا.

وإن كانت الفلوس ثمن الدراهم، فهو على وجهين: إما إذا كانت الدراهم مقبوضة، فرد الذي لا ينفق واستبدل أو لم يستبدل، فالعقد باق على الصحة؛ وكذلك لو وجد الكل في هذه الصورة لا تنفق فردها واستبدل أو لم يستبدل، فالعقد

---

(١) في ج: سبب.
(٢) في أ: بجواز.
(٣) في أ، ج: الجواب.
(٤) في ج: تعيين.
(٥) في أ: جاز.
(٦) في ج: يقتضي.
(٧) في ج: يقتضي.
(٨) سقط في ج.

باق على الصحة؛ لأن أكثر ما فيه[١] أن قبض الدراهم ينتقض بالرد، ويصير كأن لم يكن، أو كأنه لم يقبض الفلوس، ولكن لو لم يقبض الفلوس والدراهم مقبوضة و[٢] افترقا لا ينتقض العقد؛ لما ذكرنا أن في بيع الفلوس بالدراهم يكتفى بقبض أحد البدلين قبل الافتراق.

فإن لم تكن الدراهم مقبوضة أو وجد كل الفلوس لا تنفق فردها بطل العقد في قول أبي حنيفة وزفر رحمة الله عليهما، استبدل في مجلس الرد [أو لم يستبدل][٣].

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن[٤] استبدل في مجلس الرد، فالعقد صحيح على حاله، وإن لم يستبدل، انتقض العقد، وإن كان البعض لا ينفق فردها، فالقياس أن ينتقض العقد بقدره قليلاً كان أو كثيرًا، استبدل في مجلس الرد، أو لم يستبدل في قول أبي حنيفة [وبه قال][٥] زفر رحمهما الله، لكن أبا حنيفة رضي الله عنه استحسن في القليل إذا رده واستبدل في مجلس الرد ألا ينتقض العقد أصلاً.

واختلفت الروايات عن أبي حنيفة - رحمه الله - في تحديد القليل، فقال في رواية: إذا زاد على النصف، فهو كثير، وما دونه قليل، وفي رواية: إذا بلغ النصف فهو كثير، وفي رواية قال: إذا زاد على الثلث.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا ردها، واستبدل في مجلس الرد، لا ينتقض العقد قليلاً كان المردود أو كثيرًا، وهذا إذا كانت الفلوس فلوسًا قد تروج، وقد لا تروج، فأما إذا كانت الفلوس لا تروج بحال، وقد تفرقا فرد الفلوس، ينتقض العقد[٦]؛ واستبدل في المجلس أو لم يستبدل، فإن وجد بعض الفلوس بهذه

---

(١) في ج: في الباب.
(٢) في ج: أو.
(٣) المثبت من المحيط.
(٤) في ج: إذا.
(٥) في ج: وهو قول.
(٦) زاد في ج: به.

الصفة، فرد ينتقض العقد بقدره استبدل في مجلس الرد[١] أو لم يستبدل.

وإذا اشترى الرجل بدانق فلسًا[٢] أو بقيراط فلسًا[٣]، فهذا جائز استحسانًا هكذا ذكر في الأصل.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: هذا إذا كان الدانق أو القيراط معلومًا فيما بين الناس لا يختلف في معاملاتهم، فإذا كان مختلفًا يأخذ بعضهم عشرة وبعضهم تسعة، لا يجوز [العقد][٤]؛ لمكان المنازعة، ولم يذكر شيخ الإسلام خواهر زاده وشمس الأئمة السرخسي رحمهما الله [هذا الفصل على][٥] هذا التفصيل في شرحهما.

ولو اشترى شيئًا بدرهم فلوس قال في الكتاب: كان مثل ذلك في القياس، يريد به: أن القياس على الاستحسان الذي ذكرنا في الدانق أنه يجوز، ثم قال: وهو في الدراهم أفحش ولم ينص على الجواز وعدم الجواز.

وقال زفر رحمه الله: لا يجوز فيهما، وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز فيهما.

وروى هشام عن محمد رحمه الله: يجوز فيما دون الدراهم، ولا يجوز في الدرهم[٦].

فوجه قول زفر رحمه الله: أن الدانق والدرهم[٧] ذكر للوزن والفلوس عددي فيلغو ذكر الوزن فيه، ويبقى ذكر الفلوس، ومجرد ذكر الفلوس من غير ذكر العدد لا يكفي لجواز العقد.

---

(١) في أ، ج: العقد.
(٢) في ج: فلس.
(٣) في ج: فلس.
(٤) المثبت من المحيط.
(٥) سقط في ج.
(٦) في أ: الدراهم.
(٧) في ج: والدراهم.

وأبو يوسف - رحمه الله - يقول بذكر الدانق والدرهم(١) يصير عدد الفلوس معلومًا؛ لأن قدر ما يؤخذ بالدرهم من الفلوس معلوم في السوق، وكذلك قدر الدانق من الفلوس معلوم في السوق، فتسمية الدرهم والدانق كتسمية ذلك العدد في الإعلام على وجه لا تتمكن المنازعة فيه بينهما.

ومحمد - رحمه الله - يقول فيما دون الدرهم كثير الاستعمال للعبارة عما يوجد من عدد الفلوس، فيقام مقام تسمية ذلك العدد، أما في الدرهم وما فوق ذلك لم يكثر استعماله للعبارة عما يوجد به من الفلوس، فلا يقام هو مقام تسمية ذلك العدد، أما في الدرهم فبقي عبارة عن الفضة؛ لأن مطلق اسم الدانق يقع على الدانق من الفضة، ألا ترى أنه [لو](٢) قال لغيره: بعتك هذا بدانق ينصرف(٣) إلى الدانق من الفضة، فإذا ذكر بعد ذلك الفلوس صار تقدير المسألة كأنه قال: بعتك بدانق فضة على أن تعطيني مقام الفضة فلوسًا فيكون هذا صفقة في صفقة، فلا يجوز.

وقال: إذا(٤) أعطى رجل رجلاً درهمًا، وقال: أعطني بنصفه كذا فلسًا، وبنصفه درهمًا صغيرًا، وزنه(٥) نصف درهم، فهذا جائز؛ لأنه جمع بين عقدين كل واحد منهما يجوز بحالة الانفراد؛ لأنه جمع بين عقد الصرف وبين عقد البيع؛ لأن ما يخص الدرهم الصغير من الدرهم الكبير صرف، وما يخص الفلوس من الدرهم الكبير بيع فيحكم بالجواز حالة الاجتماع، فإن تفرقا قبل قبض الدرهم الصغير والفلوس، فالعقد قائم في حصة الفلوس منتقض(٦) في حصة الدرهم الصغير؛ [لأن في حصة الدرهم الصغير](٧) العقد صرف، وقد افترقا فيه قبل قبض أحد البدلين،

(١) في أ، ج: الدراهم.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ج: يصرف.
(٤) في ج: وإذا.
(٥) في أ، ج: وزن.
(٦) في ج: فينتقض.
(٧) المثبت من المحيط.

وفي حصة الفلوس العقد بيع، وقد قبض بدله من الدرهم الكبير، ففي حصة الفلوس الافتراق عن عين بدين، وإن لم يكن دفع الدرهم الكبير[١] حتى افترقا، بطل البيع في الكل.

ولو قال: أعطني بنصف هذا الدرهم الكبير كذا كذا فلسًا، وأعطني بنصفه درهمًا صغيرًا وزنه نصف درهم إلا حبة، فإن العقد يفسد كله عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يجوز في حصة الفلوس؛ وهذا لأن العقد فسد في الدرهم الصغير؛ لمكان الربا، فإن مقابلة نصف درهم بنصف درهم إلا حبة يكون ربًا، ومن أصل أبي حنيفة - رحمه الله - أن العقد إذا فسد بعضه لمعنى الربا يفسد الكل، عرف ذلك في كتاب البيوع.

وكان الفقيه أبو بكر الأعمش رحمه الله، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري، والشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمهم الله - يقولون: الصحيح أن العقد يجوز في حصة الفلوس عندهم جميعًا على ما عليه وضع المسألة في «الأصل»؛ لأن الصفقة صفقتان على ما عليه وضع المسألة في الأصل أعطني بنصفه كذا فلسًا، وأعطني بنصفه الباقي درهمًا صغيرًا، وإذا تكرر قوله: أعطني، تكرر العقد، ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر، بمنزلة ما لو قال لغيره: بعني بنصف هذه الألف عبدًا، وبنصفها كذا كذا رطلاً من خمر، وهناك لا يبطل العقد في العبد، وإن بطل في الخمر لما كانت الصفقة متفرقة.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني والفقيه مظفر[٢] بن اليمان والشيخ الإمام الأجل [شمس الإسلام خواهر زاده][٣] رحمهم الله: أنهم صححوا ما ذكر في الكتاب.

ووجه ذلك: أن الصفقة متحدة هاهنا؛ لأنها لو تفرقت، تفرقت بتكرر قوله:

---

(١) في أ: الكثير.
(٢) في ج: المظفر.
(٣) في ج: شيخ الإسلام.

أعطني، ولا وجه إليه؛ لأن قوله: أعطني، مساومة وبتكرر المساومة لا يتكرر البيع، ألا ترى أن بذكر المساومة لا ينعقد البيع ما لم يقل: اشتريت، وإذا كان لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر: اشتريت، وإذا كان لا ينعقد البيع بذكر المساومة، فبتكراره كيف يتكرر العقد وكانت الصفقة واحدة؟ والتقريب ما ذكرنا.

ولو [قال][١]: أعطني به كذا وكذا فلسًا ودرهمًا صغيرًا، وزنه نصف درهم إلا قيراطًا، كان ذلك كله جائزا بخلاف المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى صرح بالفساد، حيث جعل بإزاء الدرهم الصغيرة نصف درهم من الدرهم الكبير إلا حبة، والعاقدان متى صرحا بفساد العقد لا يحمل على وجه الصحة، أما في هذه المسألة لم يصرح بفساد العقد، فإنه لم يبين بالدرهم الصغير حصة من الدرهم الكبير، فإنه لم يقل وأعطني بنصف الدرهم الكبير درهمًا صغيرًا وزنه مثل وزن الدرهم الكبير إلا قيراطًا بإزاء الدرهم الصغير فيجعل من الدرهم الكبير مثل وزنه، وذلك نصف درهم إلا قيراطًا، والباقي من الدرهم الكبير يجعل بإزاء الفلوس بخلاف المسألة المتقدمة على ما ذكرنا.

ولو اشترى فلوسًا بدرهم وافترقا، ثم وجد شيئًا من الفلوس مستحقًا، ولم يجزه المستحق، فإن كان مشتري الفلوس نقد الدرهم، فإنه يستبدل مثله ويجوز العقد؛ لأن أكثر ما في الباب أن القبض في المستحق قد انتقض إلا أن الدرهم مقبوض، وقد ذكرنا أن في بيع الفلوس[٢] بالدرهم يكتفي بقبض أحد البدلين قبل الافتراق، ألا ترى أنه لو استحق كل الفلوس[٣] فردها[٤] أو لم يقبض الفلوس أصلاً حتى تفرقا، وأن مشتري الفلوس نقد الدرهم يبقى العقد على الصحة فهاهنا أولى، وإن لم يكن نقد الدنانير فالعقد ينتقض بقدر المستحق إن كان المستحق بعض الفلوس، وفي الكل إن

(١) المثبت من المحيط.
(٢) في أ: الفوس.
(٣) في ج: الفلس.
(٤) في ج: ودرهما بعدما افترقا.

كان المستحق جميع الفلوس؛ لأن القبض في المستحق قد انتقض وصار كأن لم يكن فكان الافتراق عن دين بدين، إما في الكل، وإما في البعض، وإذا وقع الشراء بالفلوس الرائجة وكسدت الفلوس قبل القبض، أو كان المشتري فلوسًا وكسدت قبل القبض فقد ذكرنا هذه المسائل مع أخواتها وما يتصل بها في كتاب البيوع فلا يفيد ذكرها. والله أعلم.



الفصل الثالث

في الرد بالعيب وخيار الرؤية بالاستحقاق في باب الصرف

وإذا اشترى سيفًا محلى بدراهم أكثر مما فيه وتقابضا وتفرقا، ثم وجد بالسيف عيبًا في جفنه أو نصله أو حمائله، فله أن يرده، وله أن يرد الكل ما وجد فيه العيب وما لم يجد؛ لأنه شيء واحد، فإن رده وقبله صاحبه بغير قضاء قاض، ثم فارقه قبل أن يقبض البدل بطل الرد عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وعاد العقد على حاله، وقال زفر: لا يبطل الرد وعلى هذا الخلاف إذا تقايلا الصرف ثم افترقا قبل قبض البدل بطلت الإقالة عند علمائنا الثلاثة قالوا: الإقالة بعد القبض والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء فسخ من وجه بيع جديد من وجه فاعتبرناها بيعًا جديدًا في حق وجوب قبض البدل بعد الإقالة قبل الافتراق.

فقلنا: إذا افترقا بعد الإقالة قبل قبض بدل الصرف تبطل الإقالة فاعتبرناها فسخًا في جواز الاستبدال نقدًا إذا استبدل بعد الإقالة يبطل الصرف يجوز عملاً بالمعنيين جميعًا بقدر الممكن، ولو كان الرد بالعيب بعد القبض بقضاء ثم افترقا قبل أن يقبض البدل لا تبطل الإقالة؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض فسخ في حق الكل، وقبض البدل إنما يجب بحكم عقد الصرف لا بحكم فسخ الصرف ولا كذلك الرد بعد القبض بغير قضاء.

ولو اشترى حلي ذهب فيه جوهر مفضض فوجد بالجوهر عيبًا، فأراد أن يرد الجوهر دون الحلي، ليس له ذلك، ويقال له: إما أن ترد الكل أو تترك الكل.

وهذا لأن الانتفاع المقصود منه وهو انتفاع التحلي لا يتأتى بالكل، فصار بالنظر إلى المقصود كأن الكل شيء واحد، فهو بمنزلة ما لو اشترى مصراعي باب أو زوجي خف، ووجد بأحدهما عيبا وأراد أن يرد الذي[1] وجد العيب به وحده، لم يكن له ذلك. والمعنى ما ذكرنا.

---

(١) في أ: ذلك.

ولو اشترى إناء فضة فإذا هو غير فضة، فلا بيع بينهما؛ لأنه أشار وسمى، والمشار إليه من خلاف جنس المسمى، فيتعلق العقد بالمسمى، لأنه معدوم فلا يقع البيع، ولو كانت فضة سوداء أو حمراء فيها رصاص أو صفر، وهو الذي أفسدها فهو بالخيار، إن شاء أخذها وإن شاء ردها وهذا؛ لأن المشار إليه من جنس المسمى فإن مثله يسمى إناء فضة في الناس فيتعلق العقد بالمشار إليه، وإنه موجود فوقع العقد جائزًا إلا أن به عيبا فيثبت الخيار للمشتري لمكان العيب، ولو كانت الفضة رديئة من غير غش فليس له الرد؛ لأن حق الرد إنما يثبت إما بفوات المشروط، كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب فوجده غير كاتب، أو لنقصان تمكن في المعقود عليه؛ بأن وجد المبيع فائت الطرف أو ما أشبه ذلك ولم يوجد شيء من ذلك.

أما فوات المشروط؛ لأنه لم يشترط له عند العقد إلا كون الإناء من فضة، والإناء من الفضة كما [لو][1] شرط.

وأما تمكن النقصان في المعقود عليه؛ لأن المعقود عليه العين، وبسبب الرداءة لا يتمكن النقصان في العين.

يوضحه: أن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، ووصفه بالرداءة[2] بأصل الخلقة، ألا ترى أن بالرداءة تنعدم صفة الجودة، وبمطلق العقد لا يستحق صفة الجودة، وإنما يستحق صفة السلامة.

وإذا اشترى إبريق فضة بذهب، ووجد به عيبًا فهلك في يده، أو حدث به عيب آخر، فله أن يرجع بنقصان العيب، وهذا ظاهر، ولو كان الثمن فضة لم يرجع بالنقصان.

والفرق: أن الثمن كان من جنس الإبريق فمتى رجع بالنقصان رجع بشيء من الثمن، وعند ذلك يظهر التفاضل فيتحقق الربا، وإذا كان الثمن من خلاف جنس

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: الزيادة.

الإبريق فمتى رجع بالنقصان لا يظهر التفاضل فلا يتحقق الربا.

وإذا اشترى دينارًا بعشرة دراهم وتقابضا والدراهم زيوف وأنفقها المشتري وهو لا يعلم، فلا شيء له على البائع في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف رحمه الله: يرد كما قبض فيرجع بالجياد.

وقال القدوري - رحمه الله - في شرحه: فالظاهر من قول محمد رحمه الله: أنه مع أبي يوسف.

وذكر أبو الحسن الكرخي - رحمه الله - قول [أبي حنيفة](١) - رحمه الله - مع محمد(٢).

فوجه قول أبي يوسف: أن حقه في الجودة متقوم وقد أمكن استدراكه برد مثل المقبوض والرجوع بالجياد، فيرد مثل المقبوض ويستوفي ما كان حقًّا له.

ولأبي حنيفة: أن المستوفي في مثل جنس حقه أصلاً، إلا أن له حق الرد بسبب العيب، فيتعين المقبوض للرد؛ لأنه لو ردّ عيبًا آخر فبقي لا يمكن تحقيق معنى الرد.

وإذا اشترى دينارًا بعشرة دراهم ثم استحق نصف الدينار، ورجع بنصف الدراهم وله نصف الدينار، ولا خيار له في الباقي؛ لأن الشركة في هذا ليس بعيب، وكذلك بعشرة الفضة؛ لأن الشركة فيها ليس بعيب لأنه لا يضرها التبعيض، ولو كان المبيع قلبًا فاستحق البعض منه كان للمشتري أن يرد الباقي، إن شاء، وإن شاء أمسكه بحصته؛ لأن الشركة هاهنا عيب فيرد الباقي بعيب الشركة.

ولو باع درهمًا بدينار، ثم قال: برئت إليك من كل عيب بهذا الدرهم فوجده ستوقًا لم يبرأ، ولو وجده زيفا برئ.

والفرق: أن البراءة وقعت من(٣) عيب بالدرهم(٤) والزيف درهم قام [به](٥)

---

(١) في ج: محمد.
(٢) في ج: أبي حنيفة.
(٣) في ج: عن.
(٤) في أ: بالدراهم.
(٥) سقط في ج.

العيب فدخلت الزيافة تحت البراءة، أما الستوقة ليست بدرهم فلا يمكن أن يجعل هذا داخلاً تحت البراءة.

وعن محمد - رحمه الله - فيمن قال: أبيعك هذه الدراهم فأراها إياه، ثم وجدها زيوفًا قال: ببدلها، إلا أن يقول: هي زيوف أو يبرأ عن عيبها؛ وهذا لأنها وإن عينت لا تتعين، فصار وجود التعيين والعدم بمنزلة، ومطلق الدراهم تنصرف إلى الجياد فاستحق صفة الجودة بمطلق الاسم، وقد فاتت صفة الجودة إذا وجدها زيفًا، فكان له أن يبدلها.

قال: إلا أن يبرأ عن عيبها، أو يقول: إنها زيوف[1]، فقد برئ[2] عن عيبها فحينئذٍ لا يبقى له خيار العيب.

وعن محمد رحمه الله: فيمن اشترى دينارًا بدراهم وتقابضا، ثم إن مشتري الدينار باع الدينار من غيره بألف، ثم وجد الثالث به عيبًا فرده على الأوسط بغير قضاء، كان للأوسط أن يرده على الأول، قال: ولا يشبه هذا العروض.

والفرق: أن الدنانير المعيبة لا تملك بالعقد؛ لأنها لا تتعين بالعقد في التعيين، وإنما يقع العقد على دراهم في الذمة، والملك في المعيبة يثبت بالقبض، وقد انتقض قبض الثالث بالرد فعاد إلى الأوسط قديم ملكه فكان له الرد، فأما العروض، فإنها تملك بالعقد عيبًا؛ لأنها تتعين بالتعيين في العقد، وإنما يعود إلى البائع بفسخ ذلك البيع[3] بالرد، والرد بالعيب بعد ذلك القبض بغير قضاء إن كان فسخًا في حق المتعاقدين فهو عقد جديد في حق الثالث، فلم يعد إلى الأوسط قديم ملك في حق البائع الأول، ولا يكون له الرد على البائع الأول.

قال القدوري رحمه الله في شرحه: وليس في الدنانير والدراهم خيار الرؤية إذا كان الكل نوعًا واحدًا، قال: وكذلك سائر الديون في العقود؛ وهذا لأن الرد في

(١) زاد في ج: لأنه قال إنما هي زيوف.
(٢) في ج: يبرأ.
(٣) في أ: المبيع.

خيار الرؤية لا يقبل؛ إما لأنه ينفسخ العقد بالرد؛ لأن العقد لم يرد على هذا المعين[١] فكيف ينفسخ العقد برده؛ أو لأنه لو رده يأخذ مثله فيثبت له خيار الرؤية أيضًا، وكذلك في الكرة الثالثة فيؤدي إلى ما لا يتناهى، ولو كان شيئًا بعينه إناءً أو تبرًا أو حليًّا مصوغًا، فله أن يرد بالعيب وخيار الرؤية؛ لأن الرد بخيار الرؤية هاهنا مفيد؛ لأنها تتعين في العقد فينفسخ العقد فيه بالرد بخيار الرؤية، ولو استحق بعضه وهو بعينه قبل القبض أو بعده، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ ما بقي بالحصة، وإن شاء ترك فإن استحق فلم يحكم به للمستحق حتى أجاز المستحق جاز، وكان الثمن فيما أجازه للمستحق يأخذه البائع ويسلمه إليه؛ وهذا لأن على ظاهر الرواية: العقد الذي جرى من البائع والمشتري لا ينفسخ بمجرد الاستحقاق، تلحقه الإجازة وكذلك بحكم القاضي.

فإذا لم ينفسخ ذلك العقد بمجرد الاستحقاق تلحقه الإجازة من المستحق، ويصير كأنه العقد من الابتداء ورد بإذن المستحق فيصير البائع وكيلًا من جهته وحقوق العقد تتعلق بالوكيل فيأخذ البائع الثمن من المشتري ويدفع إلى المستحق لهذا.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن المستحق إذا قال عند الخصومة: أنا أقيم البينة لأجيز العقد فحكم له جاز بإجازته، وإن لم يقل ذلك لم يجز فههنا زيادات أخر وسيأتي جملة ذلك في كتاب أدب القاضي.

* * *

---

(١) في ج: العين.

ومما يتصل بهذا الفصل:

وإذا اشترى دينارًا بعشرة دراهم وتقابضا، ثم جاء بائع الدينار بدراهم[١] زيوف وقال: وجدتها في تلك الدراهم فأنكر مشتري الدينار أن تكون هذه الدراهم من دراهمه، فهذه المسألة على وجوه:

إما إن أقر بائع الدينار قبل ذلك فقال: قبضت الجياد، أو قال: قبضت حقي، أو قال: قبضت رأس المال، أو قال: استوفيت الدراهم، أو قال: قبضت الدراهم أو قال: قبضت ولم يرد عليه.

ففي الوجه الأول والثاني والثالث والرابع: لا تسمع دعوى بائع الدينار حتى لا يستحلف مشتري الدينار على ذلك؛ لأن بائع الدينار متناقض في هذه الدعوى.

وفي الوجه الخامس: وهو ما إذا قال: قبضت الدراهم، فالقول قول بائع الدينار، وعلى مشتري الدينار البينة أنه أعطاه الجياد استحسانًا.

ووجه ذلك: أن بائع الدينار بدعواه أنها من دراهمه وهي زيوف ينكر قبض حقه، ولم يسبق منه إقرار يناقض دعواه؛ لأن الذي سبق منه ليس إلا الإقرار بقبض الدراهم، ومطلق اسم الدراهم يتناول الزيوف، فكأن بائع الدينار قال: لم أقبض حقي، وقال مشتري الدينار: أوفيت حقك. فكان القول قول بائع الدينار، وكان [على][٢] المشتري البينة أنه[٣] أوفاه.

كذلك الجواب في الوجه السادس: وهو ما إذا قال بائع الدينار: قبضت ولم يزد على هذا؛ لأنه لو قال: قبضت الدراهم. كان القول قوله في دعوى الزيافة فههنا أولى، ولو قال: وجدتها ستوقة أو رصاصًا لا شك ألا يقبل قوله في الوجوه الأربعة، ففي دعوى الستوقة والرصاص أولى.

---

(١) في ج: بدرهم.
(٢) سقط في ج.
(٣) زاد في ج: إذا.

وكذلك في الوجه الخامس: لا يقبل قوله وفي الوجه السادس يقبل قوله.

فرق بين الوجه السادس وبين الوجه الخامس.

والفرق: أن في الوجه الخامس بائع الدينار متناقض في دعوى الستوقة والرصاص؛ لأنه أقر بقبض الدراهم، والستوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم فادعى الستوقة والرصاص فكأنه أقر أنه قبض الدراهم، ثم قال: لم أقبض الدراهم، أما في الوجه السادس: هو ليس بمناقض في دعوى الستوقة والرصاص؛ لأنه ذكر القبض، أما ما ذكر شيئًا آخر، والقبض يرد على الستوق والرصاص كما يرد على الجيد، فهذا هو الفرق بين الصورتين.

* * *

الفصل الرابع
في الحط عن بدل الصرف والزيادة فيه

ولو أن رجلًا ابتاع من رجل قلب فضة فيه عشرة دراهم بعشرة دراهم وتقابضا، ثم إن بائع القلب حط عن ثمنه درهمًا، وقبل المشتري الحط وقبض الدراهم المحطوطة من البائع فسد البيع كله في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله: الحط باطل.

غير أن عند أبي يوسف - رحمه الله -: لا يصير المحطوط هبة مبتدأة حتى [كان على][(١)] مشتري القلب أن يرد الدراهم على بائعه والعقد الأول صحيح.

وفي قول محمد رحمه الله: يصير ذلك هبة مبتدأة حتى كان للمشتري أن يمتنع عن تسليم الدراهم إلى البائع.

وجه[(٢)] قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في بطلان الحط: أن الحط لو صح يبطل من حيث صح.

بيانه: أن الحط لو صح التحق بأصل العقد فيصير العقد فاسدًا من الأصل لمكان الربا، وإذا فسد العقد من الأصل، لا يكون المحطوط ثمنا؛ لأن المحطوط من المسمى، والمسمى لا يبقى ثمنًا ففسد العقد من الأصل فهو معنى قولنا: إنه لو صح العقد لبطل من حيث صح، فلا يصح بهذا الطريق.

قلنا: إذا حط جميع الثمن لا يصح حتى لا يفسد العقد؛ لأنه لو صح لبطل من حيث صح؛ لأنه يلتحق بأصل العقد، ويبقى العقد بلا ثمن فلم يصح من الابتداء كذلك[(٣)] ههنا.

فبعد هذا قال محمد - رحمه الله -: يجعل المحطوط هبة مبتدأة؛ لأن الحط

---

(١) في ج: إن.
(٢) في ج: فوجه.
(٣) في ج: كذا.

صح حقيقة أفاد معنى الهبة وهو التمليك بغير عوض فعند تعذر تصحيحه بحقيقته يجعل كناية عن الهبة صيانة للتصرف عن الإلغاء.

وأبو يوسف - رحمه الله - لا يجعله هبة مبتدأة؛ إذ ليس في الحط معنى الهبة؛ لأن الهبة إيجاب ملك مبتدأ، والحط إخراج[١] المحطوط عن الإيجاب وليس فيه إيجاب ملك مبتدأ.

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: إن تعذر تصحيح الحط بحقيقته؛ لأنه لو صح بحقيقته لبطل من حيث صح أمكن أن يجعل مجازًا عن إنشاء العقد بما وراء المحطوط.

بيان هذا الكلام: أن في الموضع الذي صح الحط حقيقة بأن لم يكن ثم ربا كان من حكمه أن يصير العقد الموجود بما وراء المحطوط، من الأصل فعند تعذر العمل بالحقيقة يحصل الحط كناية عن إنشاء العقد بما وراء الحط كأن البائع قال للمشتري ثانيًا: بعتك هذا القلب بتسعة دراهم. وقبل المشتري، وهناك ينفسخ العقد الأول ويثبت الثاني، وإن كان انعقاد الثاني بوصف الفساد إلا أن الفاسد من البيع بمنزلة الصحيح، حتى يقع الحنث في اليمين على ألا يبيع بالبيع الفاسد، فيرتفع الأول بالثاني كما لو كان الثاني صحيحًا.

وهكذا نقول في حط جميع الثمن إنّ عند تعذر تصحيحه يجعل كناية عن حكمه إلا أن حكمه بيع بغير[٢] ثمن، وإذا جعلناه كناية عنه صار كأن البائع قال للمشتري ثانيًا: بعتك بغير شيء، ولو قال هكذا لا ينعقد الثاني ولا ينفسخ الأول؛ لأن انفساخ الأول حكم انعقاد الثاني، هذا إذا حط بائع القلب عن ثمن القلب درهمًا، فأما إذا زاد المشتري في ثمن القلب درهما وقبل البائع ذلك:

فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: تصح الزيادة ويلتحق بأصل العقد ويفسد

(١) في ج: لإخراج.
(٢) في ج: بعين.

العقد كله.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا تصح الزيادة، ولا يصير هبة مبتدأة.

وأبو حنيفة رحمه الله: سوّى بين الحط والزيادة فحكم بصحتهما[1] والتحاقهما بأصل العقد، وبفساد العقد بتسميتهما.

وكذلك أبو يوسف - رحمه الله - سوى بين الزيادة والحط، ولم يجعل شيئا منهما هبة مبتدأة.

ومحمد رحمه الله فرق بين الزيادة والحط فصحح الحط هبة مبتدأة ولم يصحح الزيادة هبة مبتدأة.

والفرق: أن في الحط معنى الهبة؛ لأن المحطوط يصير ملكًا للمحطوط عنه بغير عوض، وليس في الزيادة معنى الهبة؛ لأن الزيادة لو صحت تلحق بأصل العقد ويأخذ حصته من المبيع، والهبة تمليك بغير عوض، والتمليك بغير عوض لا يصلح كناية عن التمليك بعوض فلهذا افترقا.

ولو اشترى قلب فضة وثوبًا بعشرين درهمًا، وفي القلب عشرة دراهم وتقابضا، ثم حط البائع درهمًا من ثمنها جميعًا، فإن المحطوط يكون عنهما بصفة في الثوب، فيصح البيع في الثوب بحصته من العشرين، ويحط من ثمنه نصف درهم، هذا بلا خلاف، وكذلك يصح نصف الحط في القلب عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - حتى يفسد العقد في كل القلب؛ لأنه يكون بمقابلته أولى[2] من وزنه، إلا أن هذا فساد طارئ ولا يفسد به العقد في حصة الثوب.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يصح الحط في حصة القلب إلا أن محمدًا - رحمه الله - يجعله هبة، وأبو يوسف - رحمه الله - لا يجعله هبة مبتدأة.

---

(١) في ج: بصحتها.
(٢) في المحيط: أقل.

وهذا بخلاف ما لو قال البائع: حططتك درهمًا عن ثمنها، لا يصح ولم يقل: جميعًا، فإن الحط يصح كله ويصرف[(١)] إلى الثوب ويبقى العقد في القلب جائزًا.

ووجه الفرق: أنه متى قال: حططت عنك من ثمنها، ولم يقل: عنهما جميعًا، فلم يصرح[(٢)] بالفساد فيحتال بصحة الحط ما أمكن؛ لأن ظاهر عقله ودينه يحمله على ذلك.

وإنما قلنا: لم يصرح بالفساد؛ لأنه وإن كنى عن شيئين بقوله: هما، إلا أنه يجوز أن يكنى عن شيئين ويراد به أحدهما؛ لأن الكناية عن الجمع[(٣)] معتبر بصريح الجمع، وصريح الجمع يذكر ويراد به الخصوص وكذا الكناية عن الجمع.

فإذا كان محتملاً للخصوص حمل عليه بظاهر عقله ودينه احتيالًا للصحة، بخلاف ما لو قال: من ثمنهما جميعًا؛ لأنه [متى][(٤)] صرح بالفساد؛ لأنه لا يمكن حمله على أحدهما مع قوله: جميعًا؛ لأن قوله: (جميعًا) كلمة تأكيد، وكلمة التأكيد متى ذكرت عقيب صريح الجمع، فإنها تذكر لمنع[(٥)] الخصوص لا فائدة له سوى ذلك كما في قوله تعالى: ﴿فَسَجَدَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ﴾[(٦)] فكذا إذا ذكرت عقيب الكناية عن الجمع كان ذكرها لمنع الخصوص وإذا كانت فائدة هذه الكلمة المنع عن الخصوص وقد صرح بها لا يمكن الحمل على الخصوص فحمل عليها، فإذا حمل عليها صار كأنه نص فقال: حططت عنك نصف درهم من ثمن القلب، ونصف درهم من ثمن الثوب، ولو صرح بهذا كان تصريحًا منه بالفساد، كذا هاهنا.

فإن قيل: هذا يشكل بما إذا نقد عشرة؛ وقال: هذا المنقود من ثمنهما جميعا،

---

(١) في ج: ويضرب.
(٢) في ج: يصح.
(٣) في ج: الجميع.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ: بجميع.
(٦) سورة الحجر آية: ٣٠ .

فإنه يجعل المنقود من ثمن القلب استحسانًا، وقد ذكر كلمة التأكيد عقيب الكناية عن الجمع، ولم يمنع ذلك الحمل على الخصوص.

قلنا: ذكر كلمة التأكيد بعد الكناية عن الجمع في مسألة النقد لم تصح؛ لأنه لو لم يذكر كلمة التأكيد بأن قال: من ثمنها، ولم يقل: (جميعًا). لم يكن الخصوص ثابتًا من جهته، وإنما كان ثابتًا من جهة الشرع؛ لأن الشرع جعل الفضة مستحقة بالفضة في العقد، قال عليه السلام: «الفضة بالفضة»[١]، أي: بيع الفضة بالفضة فكذا في القبض تكون الفضة مستحقة بالفضة شرعًا؛ لأن للقبض شبهًا بالعقد من حيث إن القبض يفيد ملك التصرف، كما أن العقد يفيد [ملك][٢] الرقبة.

وإذا كان التخصيص قبل ذكر كلمة التأكيد في مسألة النقد من جهة الشرع لم يمنع الخصوص بذكر كلمة التأكيد من جهة العبد وصار ذكر كلمة التأكيد في مسألة النقد ولم يمنع الخصوص بسببها والعدم بمنزلة ولو عدمت فإنه يجعل المنقود عن القلب، وكذا إذا جعل ذكرها كالعدم بخلاف مسألة الحط؛ لأن هناك الخصوص ثابت بدون ذكر كلمة التأكيد من جهته بظاهر عقله ودينه؛ لأن الحط ليس ببيع، ولا هو في معنى البيع، وإنما هو إخراج بعض الثمن من العقد بغير عوض يحصل للبائع.

واستحقاق الفضة بالفضة ثابت شرعًا في البيع، أو فيما هو في معنى البيع وهو القبض فإذا لم يكن الحط بيعا، ولا في معنى البيع وهو القبض لم يثبت استحقاق الفضة بجنسها شرعًا في الحط، وكان الخصوص في الحط بدون ذكر كلمة التأكيد ثابتًا من جهة العبد لا من جهة الشرع، فجاز أن تعمل كلمة التأكيد من جهة العبد في منع الخصوص، وإذا امتنع الخصوص بذكر كلمة التأكيد انصرف الحط إليهما، والتحق بأصل العقد، فكأنه أنشأ البيع وقال: اشتريت منك القلب بتسعة ونصف، واشتريت هذا الثوب بتسعة ونصف ولو صرح بذلك يفسد العقد في القلب ولا يفسد

---

(١) تقدم.

(٢) سقط في ج.

في الثوب كذا هاهنا.

قال: ولو أن رجلاً اشترى من آخر قلب فضة بعشرين دينارًا وتقابضا، ثم إن بائع القلب حط عن المشتري عشرة دنانير فذلك جائز؛ لأن هذا الحط لا يبطل من حيث صح؛ لأنه يلتحق بأصل العقد، ويجعل كأنه باع من الابتداء قلب فضة بعشرة دنانير، وبيع القلب من الفضة بعشرة دنانير جائز كيف ما كان لاختلاف الجنس، ثم يبقى الحط جائزًا، وإن لم يقبض مشتري القلب قدر المحطوط من بائع القلب في مجلس الحط؛ لأن الحط ليس بصرف لا حقيقة ولا معنىً؛ لأنه إخراج بعض الثمن عن العقد من غير عوض يحصل للبائع، فإن قدر المحطوط يعود إلى ملك المشتري من غير عوض، فإذا لم يكن فيه معنى البيع لا يمكن أن يعتبر صرفًا في حق الثالث فلا يجب القبض بخلاف الإقالة؛ لأنها بيع معنى [فيمكن](١) أن يعتبر صرفًا في حق الثالث فيجب القبض.

قال: وإذا اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار ثم إن أحدهما زاد صاحبه شيئًا ينظر: إن زاد بائع القلب وكانت الزيادة ثوبًا ورضي به مشتري القلب فالزيادة جائزة؛ لأن الزيادة لو صحت لا تبطل من حيث صحت؛ لأنها تلتحق بأصل العقد ويجعل كأن العقد من الابتداء، ورد على قلب فضة فيه عشرة دراهم، وعلى ثوب بدينار وذلك جائز، فهاهنا كذلك.

ولا يشترط قبض الثوب في المجلس؛ لأن ما يخص الثوب من الدينار بيع وليس بصرف، وإن كانت الزيادة ذهبًا وكانت من قبل البائع ينظر: إن كانت الزيادة دينارًا أو أكثر صحت الزيادة عند أبي حنيفة - رحمه الله - وبطل العقد؛ لأن الدينار يكون بالدينار فيبقى القلب ربا، إن كانت الزيادة نصف دينار ويبقى القلب مع شيء من الدينار ربا إن كانت الزيادة أكثر من الدينار.

---

(١) المثبت من المحيط.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -: لا تصح الزيادة ويبقى العقد على الصحة، فإن كانت الزيادة نصف دينار فهو جائز، وتلتحق الزيادة بأصل العقد، وصار كأنه باع قلب فضة ونصف دينار بدينار وذلك جائز، إلا أنه يشترط قبض الزيادة في مجلس الزيادة؛ لأن الزيادة بدل الصرف.

فإن قيل: كان ينبغي ألا يصح العقد في الزيادة، وإن وجد قبض الزيادة في مجلس الزيادة؛ لأن الزيادة متى صحت التحقت بأصل العقد وصارت كالموجود لدى العقد، وإذا صارت كالموجود لدى العقد صار كأنه باع قلب فضة ونصف دينار بدينار، وقبض الدينار وسلم القلب ولم يسلم نصف الدينار حتى تفرقا، وهناك لا يصح العقد في الزيادة وهي نصف دينار كذا هاهنا.

والجواب: أن الزيادة متى صحت التحقت بأصل العقد القائم وقت الزيادة، ولا يستند إلى وقت إنشاء العقد، وإنما يثبت الملك في الزيادة من وقت شرط الزيادة وهذا؛ لأن ثبوت الزيادة قول العاقد إنه وجد الآن[1]، والحكم لا يثبت قبل سببه.

فهو معنى قولنا: إن الزيادة لا تلتحق بإنشاء العقد الثابت، إنما تلتحق بأصل العقد القائم حكمًا؛ وهذا لأن أصل العقد السابق قائم في الحال حكمًا ولهذا يرد عليه الفسخ، وإذا التحقت الزيادة بالعقد القائم وقت شرط الزيادة كان مجلس الزيادة في حق الزيادة كمجلس العقد، فلهذا صح قبض الزيادة في مجلس الزيادة، وإن لم يقبض الزيادة في مجلس الزيادة بطل العقد في الزيادة بما يخصها من الدينار؛ لأن بعض الدينار صار بمقابلة الزيادة وقد بطل العقد في الزيادة فبطل فيما يخصها من الدينار، هذا إذا كانت الزيادة من بائع القلب ثوبًا أو ذهبًا.

وإن كانت الزيادة من بائع القلب فضة، فإنه يجوز الزيادة وإن كثرت؛ لأنه يصير بائعًا القلب من الفضة بدينار فيجوز كيف ما كان، وإن كانت الزيادة ذهبًا من قبل

---

(١) في ج: الأثر.

مشتري القلب، فإن كانت الزيادة ثوبًا يصح ولا يشترط قبض الثوب في المجلس لما ذكرنا، وإن كانت الزيادة ذهبًا، فإن كانت دينارًا أو أكثر جازت الزيادة، ويصير كأن مشتري القلب اشترى القلب بدينارين أو بأكثر منهما وكل ذلك جائز، إلا أنه يشترط قبض الزيادة في مجلس الزيادة، وإن لم يقبضها بطل العقد في القلب بحصة الزيادة؛ لأن حصة الزيادة من القلب صرف، فإذا لم يوجد قبض الزيادة في المجلس بطل الصرف في الزيادة ويبطل فيما يخصها من القلب ضرورة، وإن كان مشتري القلب زاد فضة، فإن كانت الفضة مثل القلب أو أكثر لا يجوز؛ لأن القلب يكون بمثله من الفضة فيبقى الدينار، والدينار مع[١] شيء من الفضة ربا، وإن كانت الفضة أقل من القلب، والباقي من القلب يكون بإزاء الدينار فيجوز. والله أعلم.

* * *

---

(١) في أ: من.

الفصل الخامس
في الصلح في الصرف

رجل اشترى من رجل عبدًا بمائة دينار وتقابضا، ثم وجد مشتري العبد بالعبد عيبًا، وخاصم البائع فيه فأقر بالعيب أو جحد وصالح المشتري عن العيب على دنانير، فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون بدل الصلح أقل من حصة العيب من الثمن بأن كانت حصة العيب من الثمن عشرة دنانير، ووقع [الصلح][1] على أقل من عشرة دنانير وافترقا قبل التقابض، وفي هذا الوجه: الصلح جائز.

من مشايخنا من قال: ما ذكر من الجواب يستقيم على قولهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: ينبغي ألا يجوز الصلح إذا افترقا قبل التقابض.

وهذا الاختلاف يرجع إلى اختلافهم في المغصوب منه إذا صالح مع الغاصب بعد هلاك المغصوب على أكثر من قيمته على قول أبي حنيفة رحمه الله: يجوز؛ لأن حق المغصوب منه بمجرد الهلاك لا ينتقل عن العين إلى القيمة إلا بقضاء أو رضاء قبل القضاء، أو الرضاء يكون الصلح واقعًا عن المغصوب فيجوز على أكثر من قيمته فكذا ههنا حق المشتري لا ينتقل عن الجزء الفائت إلى حصة من الثمن إلا بقضاء القاضي أو تراض منهما عند أبي حنيفة - رحمه الله - فقبل القضاء أو الرضا يكون الصلح واقعًا عن الجزء الفائت، وإنه دين معنى فيبطل الصلح بالافتراق عن المجلس قبل قبض بدله؛ لأن الافتراق يكون عن دين بدين.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -: صلح المغصوب منه مع الغاصب على أكثر من قيمته لا يجوز؛ لأن عندهما حق المغصوب منه بمجرد الهلاك ينتقل عن العين إلى القيمة فيكون الصلح واقعًا عن القيمة، فلا يجوز على أكثر من القيمة لمكان الربا فكذا هاهنا حق المشتري ينتقل عن الجزء الفائت من

---

(١) سقط في ج.

الثمن، وذلك عشرة دنانير، فيكون الصلح واقعا من حيث المعنى على عشرة دنانير على ثمانية دنانير، ولو كان هكذا حقيقة لا يبطل الصلح بالافتراق قبل قبض بدل الصلح؛ لأن هذا ليس بصرف بل هو استيفاء لبعض [الحق][١] وإسقاط لبعض الحق كذا هاهنا.

ومن المشايخ من قال: ما ذكر ههنا قول الكل، وهذا القائل يقول: بأن حق المشتري في الجزء الفائت ينتقل إلى حصته من الثمن من غير أن يحتاج فيه إلى قضاء القاضي أو التراضي منهما.

وفرق هذا القائل على قول أبي حنيفة - رحمه الله - بين هذه المسائل وبين مسألة الغصب.

والفرق: أن في باب الغصب حق المالك باق في عين المغصوب قبل الهلاك لو انتقل إلى القيمة؛ إنما ينتقل بنفس الهلاك، وليس من ضرورة الهلاك انتقال الحق إلى القيمة؛ لأن الهلاك على ملكه مقصور بأن أبرأ الغاصب عن ضمان الغصب[٢]، فإذا لم يكن من ضرورة الهلاك انتقال الحق إلى القيمة بقي حق المغصوب منه في عين العبد، وإنما صالح عن عين المغصوب لا عن قيمته، فيجوز كيف ما وقع الصلح، فأما[٣] حق المشتري في الأصل في[٤] الثمن لا في المبيع، وإنما انتقل إلى المبيع أجزأ به بالبيع، فإذا عجز البائع عن تسليم شيء منه قبل القبض عجزًا لا يرجى زواله، انفسخ البيع وانتقل حقه إلى الثمن[٥].

ألا ترى أنه لو هلك المبيع كله قبل القبض ينتقل حق المشتري إلى جملة الثمن فلا يحتاج فيه إلى القضاء والتراضي، فكذا إذا هلك البعض فإذا انتقل حق المشتري

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: الغاصب.
(٣) زاد في أ: في.
(٤) في أ: من.
(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ١٨٩).

إلى حصة الجزء الفائت من الثمن، كان الصلح واقعا عن حصة الجزء الفائت من الثمن، فلا يبطل له بالافتراق قبل القبض لما قلنا لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -.

فأما إذا وقع الصلح على أكثر من حصة العيب، فإن كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز، وإن كانت الزيادة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها بأن وقع الصلح على اثني عشر دينارًا، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: يجوز الصلح.

وعلى قولهما: لا يجوز الصلح.

وجه قولهما: أن الصلح وقع عن حصة العيب من الثمن، فإذا كانت حصة العيب من الثمن عشرة، ووقع الصلح على اثني عشر فقد تمكن الربا.

ولأبي حنيفة - رحمه الله -: أنه إن تعذر تجويز هذا الصلح ههنا بطريق المعاوضة لمكان الربا، أمكن تصحيحه بطريق آخر بأن يجعل البائع موفيًا حصة العيب بتمامه، وذلك عشرة حاطا[1] [دينارين عن ثمن الباقي، ولو كان كذلك يصح ما صنع ويجب رد][2] دينارين عن ثمن الباقي إن كان الثمن مقبوضًا ويسقط عن المشتري هذا القدر[3] إن لم يكن الثمن مقبوضًا كذا هاهنا.

وإن كان البائع صالح المشتري عن العيب على دراهم، فإن قبض بدل الصلح قبل أن يتفرقا جاز، وإن تفرقا قبل قبض بدل الصلح بطل الصلح؛ وهذا لأن الصلح وقع عن حصة الجزء الفائت من الثمن وحصة الجزء الفائت من الثمن دنانير، فإذا صالحه على دراهم لا يمكن تصحيحه بطريق استيفاء البعض وإسقاط البعض؛ لأن الجنس[4] مختلف لو صح صح بطريق المعاوضة، وتعذر تجويزه بطريق المعاوضة؛ لأنه صرف، والصرف لا يصح إذا وقع الافتراق قبل قبض أحد البدلين.

---

(١) في أ: خلطا.
(٢) المثبت من المحيط البرهاني.
(٣) في أ: القلب.
(٤) في أ: الجزء.

وإذا ادعى رجل على رجل مائة درهم فأنكر المدعى عليه ذلك(١)، أو أقر ثم صالحه منها على عشرة دراهم حالة أو إلى أجل، ثم افترقا قبل القبض، فالصلح جائز، أما إذا كان الصلح عن إقرار؛ فلأن هذا الصلح استيفاء للبعض وإبراء عن البعض في زعم المدعي والمدعى عليه، وليس بصرف، وأما إذا كان حاضرًا؛ فلأن هذا الصلح في زعم المدعي استيفاء للبعض وإبراء عن البعض إن كان بدل الصلح حالًا، وتأجيل للبعض إن كان بدل الصلح مؤجلاً، وفي زعم المدعى عليه ابتداء عن اليمين فليس بصرف، فلا يبطل بالافتراق قبل القبض، وكذلك لو كان فيه خيار الشرط لواحد منهما فافترقا قبل التقابض لا يبطل الصلح؛ لأن أثر الخيار في فوات القبض، وهذا الصلح لا يبطل بفوات القبض فاشتراط الخيار كيف يؤثر فيه؟

فإن كان صالحه على خمسةِ دنانير وافترقا قبل التقابض بطل الصلح، وإن افترقا بعد القبض، فالصلح صحيح؛ لأن هذا صلح على خلاف جنس الحق، فلا يمكن تصحيحه إلا بطريق المعاوضة فيكون [صرفًا](٢)، والتقابض في الصرف شرط. والله أعلم.

* * *

(١) في ج: ملك.
(٢) سقط في ج.

الفصل السادس
في بيع الإناء وزنًا فيزيد أو ينقص

إذا اشترى سيفًا محلى فيه مائة درهم من الحلية بمائتي درهم، ثم علم أن فيه مائتي درهم، فهذا على وجهين:

إما إن علم ذلك بعد ما تقابضا وتفرقا، وفي هذا الوجه بطل العقد في الكل؛ لأنه لا وجه إلى تصحيح هذا العقد في الحلية بالزيادة؛ لأن الزيادة بإزاء الحلية فيكون صرفًا ولم يوجد قبض بدله في المجلس لما تفرقا، ولا وجه إلى تصحيحه في جميع الحلية [بمائة](١)؛ لأنه يكون ربا فبطل العقد في الحلية ضرورة، فإذا بطل العقد في الحلية بطل في النصل؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر. هذا إذا علم بذلك بعد ما تفرقا.

وأما إذا علم ذلك قبل أن يتفرقا فالمشتري بالخيار إن شاء زاد في الثمن مائة أخرى، وإن شاء فسخ العقد في الكل، وإنما خير؛ لأن المشتري إنما رضي بجميع السيف بمائتي درهم، فإذا آل الأمر إلى أن يلزمه مائة أخرى زيادة على المائتين لا يكون راضيًا فيكون له الخيار، فإن اختار السيف لزمه مائة أخرى؛ لأنه الثمن، وذلك مائتان إن قسم من الابتداء على الحلية والنصل والجفن والحمائل نصفان؛ لأنهما شرطا في البيع أن الحلية مائة والمائة لا تكون إلا بمائة، فكأنهما قالا: على أن المائة بمائة والمائة الأخرى بإزاء النصل والجفن والحمائل، فإذا صار بإزاء الحلية مائة يحتاج إلى أن يزيد بحصتها مائة أخرى [حتى يصير](٢) مشتريا مائتين بمائتين فلا يتمكن الربا فيزيد مائة أخرى ويقبض البائع الثمن مع الزيادة، ويقبض المشتري السيف؛ لأنهما في المجلس بعد فيصح العقد.

فرق بين هذا وبين ما إذا علما في الابتداء؛ أن وزن الحلية مائتا درهم وقد تبايعا السيف بمائتي درهم، ثم أراد المشتري أن يزيد مائة أخرى قبل أن يتفرقا، فإن العقد

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ج.

لا يجوز.

والفرق: أنهما إذا علما في الابتداء أن الحلية مائتا درهم وقد تبايعا بمائتي درهم فقد أوقعا العقد بصفة الفساد؛ لأنه لا بد وأن يكون بمقابلة النصل والجفن والحمائل شيء من الثمن، فيكون بمقابلة الحلية أقل من وزنها، وبيع الفضة بالفضة وأحدهما أقل وزنًا من الآخر لا يجوز.

فهو معنى قولنا: أوقعا العقد بصفة الفساد، والعاقدان إذا أوقعا العقد بصفة الفساد [وإلى ما يحتاج إلى][(١)] تصحيحه؛ لأنه لا يمكن، فأما في مسألتنا هذه ما أوقعا العقد بصفة الفساد؛ لأنهما لم يعلما وقت العقد أن الحلية مائتا درهم؛ إنما علماها مائة درهم، فإذا تبايعا بمائتي درهم فقد جعلا بمقابلة الحلية مائة درهم؛ لأن المائة مستحقة بمثلها شرعًا فكأن بائع السيف قال للمشتري: بعت منك حلية السيف وهي مائة درهم بمائة، وبعت منك النصل والجفن والحمائل بمائة أخرى، ولو صرح بذلك لا يكون ذلك إيقاعًا للعقد بصفة الفساد فيمكن تصحيحه متى رضي المشتري بالزيادة.

وإذا اشترى إبريق فضة على أن فيه ألف درهم بألف درهم، فإذا فيه ألفا درهم، إن علم ذلك في المجلس، فالمشتري يزيد ألفًا أخرى إن شاء أخذ كل الإبريق، فإن لم يزد، يبطل العقد في نصف الإبريق ويصح في نصف الإبريق؛ لأن الفساد بسبب الافتراق قبل قبض[(٢)] بدل الصرف، وذلك بقدر النصف، فيفسد العقد بقدر النصف ويصح بقدر النصف؛ إذ تصحيح العقد في نصف القلب شائعًا ممكن بخلاف مسألة السيف؛ لأن تصحيح العقد في نصف الحلية شائعًا غير ممكن؛ لأن بيع نصف الحلية شائعًا لا يجوز؛ لأن الحلية بمنزلة الوصف، وبيع بعض الأوصاف لا يجوز ولا يمكن تصحيح البيع في نصف الحلية، فلا يمكن تصحيح البيع في الكل بالزيادة بعد الافتراق عن المجلس لما[(٣)] قلنا فتعين جهة البطلان في الكل.

أما في القلب فبخلافه على ما بينا. والله أعلم.

---

(١) في المحيط: ولا يحتال.
(٢) في أ: القبض.
(٣) في أ: بما.

الفصل السابع
في الوكالة بالصرف

فإذا وكل الرجل رجلين بدراهم يصرفانها فعقدا جميعًا، ثم ذهب أحدهما قبل القبض بطل حصة الذاهب، وهو النصف وبقيت حصة الباقي وهو النصف؛ وهذا لأن القبض(١) من حقوق العقد، والوكيل في حقوق العقد كالمالك، ولو كانا مالكين فعقدا عقد الصرف، ثم ذهب أحدهما قبل القبض بطل حصة الذاهب وبقيت حصة الباقي كذا هاهنا، فقد جوز قبض أحدهما وإن كانا وكيلين بالقبض.

وفرق بين هذا وبين الوكيلين بقبض الدين إذا قبض أحدهما دون الآخر حيث لا يجوز.

والفرق: أن الوكيل بالقبض يقبض بحكم الآمر.

ألا ترى أن المالك لو عزله عن القبض صح عزله والمالك إنما رضي بقبضهما وأمانتهما، فلا يكون راضيًا بقبض أحدهما، فأما الوكيل في باب الصرف إنما يقبض لحق المالك، ألا ترى أنه لو عزله، المالك عن القبض لا يعمل عزله، فإذا قبضه بحق الملك(٢) كان الوكيلان بالصرف في حق القبض كالمالكين. ولو كانا مالكين فذهب أحدهما، وقبض الآخر جاز كذا هاهنا.

وإن ذهب الوكيلان عن مجلس الصرف كل واحد منهما إلى ناحية أخرى فقبض رب المال لا يجوز لما ذكرنا أن الوكيلين في [حق حكم](٣) القبض بمنزلة المالكين ولو كانا مالكين فذهبا عن مجلس العقد كل واحد منهما إلى ناحية، ووكلا رجلاً بالقبض فقبض لم يجز، كذا هاهنا.

وإذا وكل الرجل رجلاً بدراهم يصرفها بدنانير، فصرفها الوكيل وتقابضا وأقر

---

(١) في ج: العقد.
(٢) في ج: المالك.
(٣) في ج: حكم حق.

مشتري الدراهم باستيفاء الدراهم ثم جاء مشتري الدراهم بدرهم زيف وقال: وجدتها في تلك الدراهم، فقبله الوكيل وأقر أنه من تلك الدراهم لزم الوكيل دون الموكل؛ لأن الرد على الوكيل حصل بإقراره، فإنه لولا إقراره أن هذا من تلك الدراهم، لما تمكن مشتري الدراهم من رده لما أقر بالاستيفاء والرد(١) بالعيب إذا كان بإقرار الوكيل لا يلزم المردود كما في بيع العين.

قال: ولو جحد الوكيل أن هذا الدرهم من تلك الدراهم، فأقام مشتري الدراهم بينة أن هذا من تلك الدراهم، ولم يكن أقر مشتري الدراهم بالاستيفاء، فالقاضي يقبل بينته(٢) ويرد الدرهم على الوكيل ويلزم الآمر.

فمن المشايخ من قال: ما ذكر في الكتاب: أن القاضي يقبل بينة مشتري الدراهم أن هذا الدرهم من تلك الدراهم، إذا لم يقر بالاستيفاء خطأ؛ لأن في هذه الصورة القول قول المشتري(٣) إن هذا الدرهم من تلك الدراهم استحسانًا كما في مسألة السلم إذا جاء المسلم إليه بدرهم زيف، وقال: وجدت هذا في رأس المال ولم يكن أقر بالاستيفاء كان القول قوله استحسانًا فكذا هاهنا، وإذا كان القول قوله لم يكن في هذه الصورة موضع إقامة البينة، والبينة في غير موضعها كيف تسمع.

وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -.

والشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - صحح ما ذكر محمد [في الكتاب](٤) فقال رحمه الله: بل القول قول مشتري الدراهم في هذه الصورة استحسانًا، لكن مع اليمين فهو بهذه البينة أسقط اليمين عن نفسه، والبينة لإسقاط اليمين مقبولة، ألا ترى أن المودع إذا أقام البينة على الرد والهلاك قبلت بينته مع أن القول في الرد بالهلاك قوله، إنما قبلت لإسقاط اليمين عن نفسه كذا هاهنا.

---

(١) في أ: للرد.
(٢) في ج: بينة مشتري الدراهم.
(٣) في ج: مشتري الدراهم.
(٤) سقط في ج.

وكان الشيخ الإمام الزاهد عبد الله الخيراخري - رحمه الله - يقول: ليس في الكتاب أن مشتري الدراهم يكلف إقامة البينة، وإنما فيه أنه إذا أقام البينة قبلت بينته، ولعله أقام البينة لدفع اليمين عن نفسه فكان كالمودع قال: وكذلك إن استحلف الوكيل على ذلك فنكل ورد عليه بنكوله لزم الموكل، هكذا ذكر محمد - رحمه الله -.

بعض مشايخنا قالوا: هذا الجواب خطأ أيضًا؛ لأنه لا يمين على الوكيل في هذه الصورة، وإنما اليمين على مشتري الدراهم أن هذا الدرهم من تلك الدراهم؛ لأن الشرع جعل القول قول مشتري الدراهم في هذه الصورة ومن جعل القول قوله شرعًا يتوجه عليه اليمين.

وإنما [يرد إذا](١) حلف على ذلك، أما أن يحلف الوكيل فلا، وإنما الصحيح من الجواب أن يحلف مشتري الدراهم، ويرد على الوكيل ويكون ذلك ردًا على الآمر؛ لأنه رد على الوكيل بغير اختياره(٢) بما هو حجة في حق الآمر.

قلنا: ما ذكر من الجواب صحيح، لكن على طريق القياس لا على طريق الاستحسان؛ لأن على طريق الاستحسان: لا يمين على الوكيل، وعلى طريق القياس: على الوكيل اليمين، والقول قول الوكيل مع يمينه كما في بيع العين، فكان ما ذكر من استحلاف الوكيل ونكوله ذكره على طريق القياس.

وإذا وكله بألف درهم يصرفها وهما بالكوفة ولم يسم له مكانًا، ففي أي ناحية من الكوفة صرفها، فهو جائز؛ لأنه لو صرفها في مصر آخر يجوز فهذا أولى، وإن خرج بها إلى الحيرة وصرفها، فهو جائز ولا ضمان على الوكيل. أما جواز البيع؛ فلأن الأمر بالبيع مطلق فلا يتقيد بمكان الآمر إلا بدليل، ولا دليل فيما لا حمل له ولا مؤنة؛ لأن قيمته لا تختلف باختلاف الأمكنة، ففي أي مكان صرفها كان ذلك بأمره

(١) في ج: يزداد.
(٢) في ج: إجازة.

[فيجوز، وأما][1] لا ضمان على الوكيل وإذا سافر بها، والآمر بالبيع لا يقتضي الإذن بالمسافرة لأن البيع ممكن من غير أن يسافر بها.

لأنا نقول: الإذن بالمسافرة إن لم يثبت مقتضى الأمر بالبيع ثبت مقتضى الأمر بالحفظ؛ لأنه لما دفع الدراهم إليه ليصرفها فقد أمره بحفظها، ولم يقيد الأمر بالحفظ لمكان الأمر نصًا، ولم يتقيد به دلالة حال الآمر حتى لا يلزمه مؤنة الرد من غير تحصيل ما هو المقصود بالأمر عند الرد عليه وليس له حمل ومؤنة فيقع الأمر بالحفظ عامًا فكان له الحفظ في الأماكن كلها فهذا إذا لم يكن للموكل به حمل ومؤنة.

فأما إذا كان له حمل ومؤنة كالعبد والطعام وأشباه ذلك فباعها في بلد آخر غير الكوفة إن لم ينقلها إلى ذلك البلد جاز البيع قياسًا واستحسانًا، فإن نقلها إلى بلد آخر وباع ذلك، في كتاب الصرف في رواية أبي سليمان أنه إذا نقل إلى سكة فاستأجر كذلك فإن ضاع أو سرق منه فهو ضامن.

وإن سلم حتى باع أجزت البيع ولم ألزم الآمر من الآخر شيئًا، وذكر هذه المسألة في كتاب الوكالة وقال: أستحسن وأضمنه ولا أجيز البيع.

اتفق عليه رواية أبي سليمان، ورواية أبي حفص، فكان ما ذكر في كتاب الصرف في رواية أبي سليمان: أنه إذا سلم حتى باع أنه يجوز البيع جواب القياس لا جواب الاستحسان.

فصار حاصل المسألة أن فيما له حمل ومؤنة إذا باعه الوكيل في مصر آخر جاز البيع قياسًا ولا يلزم الآمر شيئًا من الآخر[2]، وفي الاستحسان لا يجوز البيع.

وجه القياس في ذلك: أنه لو لم يجز البيع في مصر آخر، إنما لم يجز كيلا يلزم المالك الكراء، ولا يلزم الكراء هاهنا متى جوزنا بيع الوكيل؛ لأن الوكيل في النقل

(١) في أ، ج: فيجوزونها.
(٢) في ج: الأجر.

مخالف؛ لأن العرف فيما بين الناس أن من دفع إلى غيره شيئًا له حمل ومؤنة ليبيعهِ فإنما يريد البيع في المكان الذي دفعه إليه حتى لا يلزم الكراء ومؤنة النقل من غير أن يحصل له مقصوده وهو البيع.

فهو معنى قولنا: إن الوكيل مخالف في النقل فلا يلزم الآمر الكراء فلا يمنع جواز بيعه ولا[١] ترتفع الوكالة بالنقل؛ لأن هذا خلاف من حيث الفعل وبالخلاف[٢] من حيث الفعل لا ترفع[٣] الوكالة على ما عرف في موضعه.

وجه الاستحسان: أنا لو أجزنا بيعه في مصر آخر، وجعلنا بيعه بأمر الآمر يجب الكراء على الآمر؛ لأن الحمل حصل للآمر فيجب الكراء عليه، ولا وجه إلى إيجاب الكراء على الآمر؛ لأن الآمر لم يرض به.

وبيان أنه لم يرض به ما ذكرنا من العرف في وجه القياس، بخلاف ما إذا باعه في مصر آخر من غير أن ينقله إلى ذلك المصر؛ لأن هناك لا يلزم الآمر الكراء متى جوزنا بيع الوكيل وهذا هو التخريج لما لا حمل له ولا مؤنة.

وإذا وكل الرجل رجلاً بألف درهم يصرفها، ثم إن الموكل صرف تلك الألف بنفسه فجاء الوكيل بعد ذلك إلى بيت الموكل، وأخذ من بيته ألفًا غيرها وصرفها، فهو جائز على الموكل فلم يجعل الألف التي أضيفت إليها الوكالة متعينة في حق بطلان الوكالة متى صرفها الموكل بنفسه وقال: لو دفع الموكل تلك الألف إلى الوكيل فسرقت من يديه[٤] أو هلكت في يده. بطلت الوكالة بالشراء، وجعل الألف بعدما دفعها إلى الوكيل متعينة في حق بطلان الوكالة متى سرقت من يده أو هلكت في يده.

والوجه في ذلك: أن الوكالة بالشراء بمعنى الشراء من حيث إنها سبب لثبوت

---

(١) في ج: فلا.
(٢) في ج: والخلاف.
(٣) في ج: ترتفع.
(٤) في ج: يده.

الشراء في الباقي بين الوكيل وبين الموكل، متى حصل الشراء من الوكيل، فإن الوكيل يصير بائعًا ما اشترى من الموكل، وذلك بالوكالة السابقة.

ولهذا كان للوكيل حبس المشترى من الموكل بالثمن، وإذا كانت الوكالة بالشراء سببًا لثبوت الشراء في الثاني ألحق بالشراء، والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل القبض بإضافة الشراء إليهما، ويتعينان بالقبض فكذا في الوكالة بالشراء التي ألحقت بالشراء، وهذا بخلاف ما لو أمره ببيع شيء يتعين بالتعيين، ثم إن الموكل باع ذلك الشيء بنفسه، فإنه تبطل الوكالة حتى لا يكون للوكيل أن يأخذ مثله من بيته ويبيعه؛ لأنا ألحقنا الوكالة بالشراء فما يتعين بالشراء يتعين في الوكالة. والله أعلم.

❋ ❋ ❋

الفصل الثامن
في الاستبدال ببدل الصرف

قال محمد - رحمه الله -: وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار فنقد[(١)] مشتري الدينار تسعة دراهم وبقي درهم، ونقد مشتري الدراهم الدينار فلم يتفرقا حتى قال مشتري الدراهم لمشتري الدينار: بعني بالدرهم الذي عندك كذا فباعه، فإن البيع لا يجوز ولا يبرأ مشتري الدينار عن بدل الصرف، وقال زفر - رحمه الله -: يجوز البيع، ولكن مشتري الدينار لا يبرأ عن بدل الصرف.

واعلم بأن الاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز أجمع عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر - رحمهم الله - غير أن زفر قال: بجواز[(٢)] البيع في هذه الصورة؛ فلا يتعلق العقد بالدين المضاف إليه حتى لو تصادقا بعد ذلك أنه لا دين لا يبطل البيع، فإذا لم يتعلق العقد بعين بدل الصرف، لا يكون هذا استبدالًا ببدل الصرف قبل القبض، فيجوز.

ثم فرق زفر - رحمه الله - بين ما [إذا][(٣)] أضيف العقد إلى الدراهم الدين، وبين ما إذا أضيف العقد إلى الدراهم العين، [فقال: إذا أضيف العقد إلى الدراهم العين يتعلق بها، وإذا أضيف إلى الدراهم الدين لا][(٤)] يتعلق العقد بها.

والفرق له: أن في الدين التعيين أضيف إلى غير محله، فإن الدين لا يقبل التعيين والتصرف المضاف إلى غير محله يلغو، فأما في العين أضيف إلى محله فيصح[(٥)] التعيين كما في سائر التصرفات المضافة إلى محلها.

وعلماؤنا رحمهم الله قالوا: بأن التعيين أضيف إلى ما هو مثمن من وجه؛ لما

---

(١) في ج: فيفسد.
(٢) في ج: يجوز.
(٣) سقط في ج.
(٤) المثبت من المحيط.
(٥) في أ، ج: ليصح.

ذكرنا أن الدراهم والدنانير إذا قوبل بعضها ببعض، وكل واحد من البدلين مثمن من وجه، فصار مشتري الدراهم مشتريًا بما هو مثمن من وجه، والشراء المضاف إلى المثمن يتعلق بعينه، فأما إذا تعلق بعينه جعل(١) المشتري مستبدلًا ببدل الصرف قبل القبض، وإنه لا يجوز، بخلاف الشراء المضاف إلى سائر الديون سوى بدل الصرف؛ لأن هناك الشراء حصل بما هو ثمن من كل وجه، والشراء المضاف إلى الثمن من كل وجه لا يتعلق بعينه، أما هاهنا فبخلافه.

وفي كتاب الصرف: إذا اشترى الرجل ألف(٢) درهم بعينها بمائة دينار والدراهم بيض، فأعطاه مكانها سوداء، ورضي بها البائع جاز؛ [و](٣) ذلك لأن هذا ليس باستبدال، فالسود(٤) والبيض من الدراهم جنس واحد، وإنما أبرأه عن صفة الجودة حين(٥) يجوز بالسود، فكان مستوفيا بها بهذا الطريق لا مستبدلًا.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: ومراده من السود الدراهم المضروبة من النقرة [السود لا](٦) الدراهم البخارية؛ لأن أخذ البخارية مكان الدراهم البيض لا يجوز؛ لأنه يكون استبدالًا لاختلاف الجنس، وكذلك لو قبض مشتري الدراهم الدراهم فأراد أن يعطي ضربًا آخر من الدنانير سوى ما شرط، لا يجوز إلا برضا صاحبه، وإذا رضي به صاحبه كان مستوفيًا [لا](٧) مستبدلًا لا يكون الجنس واحدًا.

قيل: هذا إذا أعطاه ضربًا دون المسمى، فأما إذا أعطاه ضربًا فوق المسمى، فلا حاجة إلى رضا صاحبه. والله أعلم.

---

(١) في أ، ج: حصل.
(٢) في أ، ج: بألف.
(٣) المثبت من المحيط.
(٤) في أ، ج: بالسود.
(٥) في أ: حتى.
(٦) في أ، ج: السوداء إلى.
(٧) المثبت من المحيط.

الفصل التاسع
فيما يكون قصاصًا ببدل الصرف وما لا يكون

رجل له على رجل عشرة دراهم، فباعه الذي عليه العشرة دينارًا بتلك العشرة ودفع الدينار إليه، فهو جائز.

وهذا صرف بدين مسبق[(١)] وجوبه، والصرف بدين لسبق وجوبه جائز لحديث عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما، فإنه روي أنه سأل رسول الله ﷺ وقال: إني أكري الإبل بالبقيع إلى مكة بالدراهم وآخذ مكانها دنانير، أو بالدنانير وآخذ مكانها دراهم، وربما قال: أبيع، فقال عليه السلام: «لا بأس إذا افترقتما، وليس بينكما عمل»[(٢)].

ومن هذا الجنس ثلاث مسائل:

إحداها: هذه[(٣)].

المسألة الثانية: رجل له على رجل عشرة دراهم، فباعه الذي عليه العشرة دينارًا بعشرة دراهم ودفع الدينار حتى وجب لكل واحد منهما على صاحبه عشرة، ثم جعلا العشرة التي هي ثمن الدينار[(٤)] قصاصًا بالعشرة التي كانت على بائع الدينار فيكون قصاصا، وهذا استحسان[(٥)] أخذ به علماؤنا الثلاثة رحمهم الله.

والقياس: ألا يصير قصاصًا، وهو قول زفر رحمه الله.

ولقب المسألة: أن المتصارفين إذا جعلا بدل الصرف قصاصًا بدين وجب قبل عقد الصرف وبدون جعلهما قصاصا لا يصير قصاصا واستحسانا.

(١) في أ: فسبق.
(٢) تقدم. وينظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٢٦).
(٣) زاد في أ، ج: المسائل.
(٤) في أ: دينار.
(٥) في ج: الاستحسان.

وجه القياس: أن المعاوضة بدين وجب قبل عقد الصرف استبدال ببدل الصرف[١] وليس باستيفاء؛ لأن علة الاستيفاء قبض مال مضمون من جنس بدل الصرف بعد عقد الصرف وإنما قضى بائع الدينار ببدل الصرف دينا وجب عليه مثل عقد الصرف؛ لأن صاحب آخر الدينين يكون قاضيًا لأولهما، وصاحب أول الدينين يكون مقتضيًا؛ لأن القضاء بعد الوجوب فلا يسبقه، ودين الصرف وجب آخرًا، فمتى جازت المقاصة صار بائع الدينار قاضيًا ببدل الصرف دينًا كان عليه قبل عقد الصرف، وفي القضاء استبدال؛ لا يملك فكان بدل الصرف ما في الذمة والاستبدال ببدل الصرف لا يجوز.

وعن هذا قالوا: إذا أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم أراد أن يتقاصا رأس مال السلم بدين كان واجبًا لرب السلم قبل عقد السلم لا يجوز؛ لأنه استبدال برأس مال السلم، وكذا لو كان للمسلم إليه كر على رب السلم قبل عقد السلم دين هو مثل السلم، ثم حل السلم فأراد أن يجعلا المسلم فيه قصاصًا بما كان واجبًا للمسلم إليه على رب السلم قبل عقد السلم لا يجوز، وإنما لا يجوز؛ لأنه استبدال بالمسلم فيه قبل القبض [فيه][٢] كذا هاهنا.

وجه الاستحسان من وجهين:

أحدهما: أنهما لما أقدما على هذه المقاصة فقد قصدا تصحيحها وأمكن تصحيحها بتعيين العقد بتلك العشرة التي وجبت دينًا قبل عقد الصرف فإن عقد الصرف بتلك العشرة جائز على ما بينا، وكذا طريقان:

أحدهما: أن ينفسخ الصرف المرسل وينعقد صرف آخر بتلك العشرة، كما لو باع بألف ثم باع بألفين أو يبقى أصل العقد المرسل، ولكن [بتغير وصف][٣]، فإنه إلى

(١) زاد في ج: وإنما قضى بائع الدينار.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: يتغير وصفه.

الآن كان متعينًا بوصف الإطلاق، والآن يتقيد بتلك[١] العشرة كما في الزيادة، وهما يملكان إبطال العقد وتغييره كما يملكان إبقاءه، فيتضمن إقدامهما على هذه المقاصة والحالة هذه فسخ الصرف المرسل وتعليق العقد بتلك العشرة كما في الزيادة في الثمن والمثمن؛ ولهذا لم تصح هذه المقاصة إلا بتراضيهما، وإن كان جنس الدين واحدًا؛ لأن طريق تصحيح هذه المقاصة فسخ ما عقد من الصرف المرسل أو بتغييره، وفسخ العقد أو تغييره [لا يصح][٢] إلا بعد وجود التراضي منهما بخلاف السلم؛ لأن تصحيح ما قصدا في السلم غير ممكن بالطريق الذي عيناه في الصرف، وهو فسخ السلم المرسل، [وإثبات [سلم][٣]][٤] آخر أو تغييره وتعليقه بتلك العشرة، فإنهما لو صرحا بذلك وقالا: فسخنا السلم وحددناه بذلك الدين لا يجوز؛ لأن السلم بدين سبق وجوبه لا يجوز. ألا ترى إن قال لغيره: أسلمت إليك العشرة التي لي عليك في كر حنطة لا يجوز، وفي الصرف لو صرحا بذلك يجوز؛ لأن الصرف بدين سبق وجوبه يجوز وهي المسألة الأولى.

الوجه الثاني: وفي هذا الوجه لا يحتاج إلى التعرض لفسخ العقد المرسل، ولا لتغييره ولكن يقول: القياس يأبى جواز المقاصة، وإن تقاصا؛ لأنه استبدال وليس باستيفاء على ما مر، لكنا تركنا القياس فيه لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، فإن فيه أن رسول الله جوّز الصرف بدين وجب قبل عقد الصرف، ومتى جاز الصرف بدين وجب قبل عقد الصرف علمنا أن قضاء دين وجب قبل عقد الصرف ببدل الصرف جائز.

وإذا جاز هذا في الصرف المضاف إلى الدين فكذا في الصرف المضاف إلى الدين

---

(١) في ج: بتالي.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ج.

فكذا في الصرف المرسل إلا أنه لم تجز هذه المقاصة قبل تراضيهما عليها، وإن لم يثبت فسخ ما عقد من الصرف على هذا الوجه؛ لأن جواز هذه المقاصة لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما بخلاف القياس، والحديث يقتضي الجواز حال وجود الرضا منهما؛ لأن الحديث ورد في الصرف المضاف إلى الدين، والصرف المضاف إلى الدين لا يصح إلا بتراضيهما، فحال عدم التراضي يعمل فيه بقضية القياس.

والقياس يأبى جواز هذه المقاصة بخلاف السلم على هذا الوجه؛ لأن جواز هذه المقاصة في السلم لو [كان](١)، كان بدلالة حديث عبد الله بن عمر لا بصريحه، وفي السلم صريح نص بخلافه، وهو قوله عليه السلام: «ولا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»(٢)، فكان العمل في السلم بصريح النص أولى.

المسألة الثالثة: رجل باع من آخر دينارًا بعشرة دراهم ودفع الدينار، ولم يقبض العشرة حتى وجب لمشتري الدينار عشرة دراهم على بائع الدينار، فأراد مشتري الدينار أن يجعل ما وجب له قصاصًا بما وجب عليه من بدل الصرف، ورضي به بائع الدينار، ولقب المسألة أن المتصارفين إذا تقاصّا بدل الصرف بدين وجب بعد عقد الصرف.

[والجواب فيها: أن ينظر إن وجب هذا الدين بعد عقد الصرف](٣) بالغصب أو بالقرض بأن غصب أو استقرض بائع الدينار من مشتري الدينار عشرة دراهم صار قصاصًا تقاصا أو لم يتقاصا؛ لأنه وجد بعد عقد الصرف قبض حقيقي وهو من جنس المستحق بعقد الصرف، وإنه قبض مضمون فيعتبر واقعًا بجهة الصرف.

ألا ترى أن مثل هذا [في](٤) السلم يجوز حتى إن رب السلم إذا غصب من

---

(١) المثبت من المحيط.
(٢) تقدم. وينظر: السنن الكبرى (٦/ ٢٩)، التعليق المغني على الدارقطني (٣/ ٤٥، ٤٦) .
(٣) المثبت من المحيط.
(٤) المثبت من المحيط.

المسلم إليه بعد عقد السلم وبعد ما حل الأجل كرًّا[١] هو مثل المسلم فيه أو استقرض كرا[٢] هو مثل المسلم فيه يصير قصاصًا تقاصا أو لم يتقاصا، وكذلك المسلم إليه إذا غصب من رب السلم أو استقرض منه دراهم وهو مثل رأس المال يصير قصاصا برأس المال تقاصا أو لم يتقاصا.

فأما إذا وجب هذا الدين بعد عقد [الدين عقد][٣] الصرف بسبب الشراء بأن باع مشتري الدينار من بائع الدينار ثوبًا بعشرة دراهم إن لم يجعلاه قصاصًا لا يصير قصاصًا باتفاق الروايات.

وإن جعلاه قصاصًا ذكر في الزيادات، وفي كتاب الصرف في رواية أبي سليمان: أنه يصير قصاصًا، وذكر في رواية أبي حفص: أنه لا يصير قصاصًا.

وجه ما ذكر في الزيادات، وفي رواية أبي سليمان: أنهما لما أقدما على هذه المقاصة فقد[٤] أنشأا عقد الصرف على هذا الدين، ومن ضرورته انفساخ الصرف المرسل؛ وهذا لأنه لا صحة لهذه المقاصة إلا بعد انفساخ الصرف المرسل، وإنشاء صرف آخر على هذا الدين الواجب بعد عقد الصرف، ولو صرحا بذلك أليس أنه يجوز؟ كذا هاهنا.

وجه ما ذكر في رواية أبي حفص: أن جواز هذه المقاصة بدين وجب قبل عقد الصرف عرف بخلاف القياس؛ لحديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - والحديث الوارد في دين وجب قبل عقد الصرف لا يكون واردًا في دين وجب بعد عقد الصرف؛ لأن ههنا صريح نصوص أُخر بخلافه يوجب قبض بدلي الصرف وهو آثار الصحابة - رضي الله عنهم-.

(١) في ج: كذا.
(٢) في ج: كذا.
(٣) سقط في ج.
(٤) في أ: فهو.

وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل البخاري - رحمه الله - يميل إلى رواية الزيادات ورواية أبي سليمان.

حكى [ذلك عنه][١] القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله -.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي - رحمه الله - يميل إلى رواية أبي حفص - رحمه الله -.

* * *

(١) في ج: عن.

ومما يتصل بمسائل المقاصة، وإن لم يكن من جنس مسائل [هذا الفصل][(١)]:

ما ذكر في المنتقى وصورتها: رجل له عند رجل وديعة وللمودع على صاحب الوديعة دين، هو من جنس الوديعة لم تصر الوديعة قصاصًا بالدين قبل أن يجتمعا عليه وبعدما اجتمعا عليه لا يصير قصاصًا أيضًا ما لم يرجع إلى أهله فيأخذه، وإن كانت في يده فاجتمعا على جعلها قصاصًا لا يحتاج إلى شيء غير ذلك، ومتى صار دينًا صار قصاصًا، وحكم المغصوب إذا كان المغصوب قائمًا في يد رب الدين وحكم الوديعة سواء، وحكم الدينين إذا كانا [أحدهما علة والآخر][(٢)] من جنس لا تقع المقاصة بينهما ما لم يتقاصا، وكذا إذا كان أحدهما مؤجلا والآخر حالًّا، أو كان أحدهما علة والآخر وضحًا[(٣)]. والله أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(١) في ج: الباب.
(٢) سقط في ج.
(٣) في المحيط: صحاحًا.

الفصل العاشر
في بيع الموزون بجنسه أو بخلاف جنسه

ولا يجوز بيع الإناء المتخذ من الفضة بالدراهم إلا وزنًا بوزن، وكذلك لا يجوز بيع الإناء المتخذ من الذهب بالدنانير إلا وزنًا بوزن؛ لأن الصياغة فيه بمعنى الجودة ولو كان أحد البدلين جيدًا والآخر رديئًا لم يجز ما لم يتساويا وزنًا. قال عليه السلام: «جيدها ورديئها سواء»(١)، كذلك ههنا فلم يخرج الذهب والفضة عن الوزن بالصيغة حتى أثبت الربا من المصيوغ وغير المصيوغ.

وفرق بين [الفضة والذهب](٢)، وبين الحديد والرصاص والصفر، حيث أخرج هذه الأشياء [بالصيغة عن حد الوزن](٣) حتى يجوز(٤) بيع إناء من حديد [بحديد](٥) غير مصيوغ(٦) كيف ما كان، ويجوز بيع إناء متخذ من رصاص برصاص غير مصيوغ كيف ما كان(٧).

والفرق: أن وزن الذهب والفضة ثابت بالشرع(٨) فما بقي الذهب والفضة يبقى الوزن معتبرًا وبعد الصيغة بقي(٩) ذهبًا وفضة، فيبقى الوزن معتبرًا وهذا موزون بيع

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية «حديث غريب» (٤/ ٣٧)، وأخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٤٩) عن عبادة أن رسول الله ﷺ قال: «ثم الذهب بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها والبر بالبر مُدي بمُدي والشعير بالشعير مُدي بمُدي والتمر بالتمر مُدي بمُدي والملح بالملح مُدي بمُدي فمن زاد أو ازداد فقد أربى»، أمّا لفظة «جيدها ورديئها» فقد قال ابن حجر في الدّراية: «حديث جيدها ورديئها سواء لم أجده ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد».

(٢) في ج: الذهب والفضة.

(٣) في ج: عن حد الوزن بالصيغة.

(٤) في ج: جوز.

(٥) سقط في ج.

(٦) في ج: مصنوع.

(٧) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٢٢٢، ٢٢٣).

(٨) في ج: في الشرع.

(٩) في ج: يبقى.

بموزون من جنسه فلا يجوز إلا متساويا، فأما الوزن في الحديد والصفر والرصاص ما ثبت بالشرع، وإنما ثبت باصطلاح الناس، وما ثبت باصطلاح الناس يبطل باصطلاح آخر منهم بخلاف الاصطلاح الأول، وقد اصطلحوا في الأواني المتخذ من هذه الأشياء بخلاف الاصطلاح الأول، حتى باعوها عددًا وتركوا وزنها مع إمكان الوزن، فخرج عن حد الوزن وصار [عددًا، فهو][١] عددي بيع بموزون، فيجوز متساويًا ومتفاضلا حتى قالوا: لو اعتادوا بيع الأواني المتخذة من هذه الأشياء بالوزن لا بالعدد، لا يجوز بيعه بغير المصنوع من جنسه إلا متساويًا وزنًا.

وعن هذا قلنا: إن الناس إذا تعاملوا بيع الأواني المتخذة من هذه الأشياء بالعدِّ يجوز بيع الواحد بالاثنين، والطريق ما قلنا.

والحديد كله نوع واحد جيده ورديئه [سواء][٢]، ولا يجوز البيع إلا وزنًا بوزن؛ لأن الحكم في الفرع يثبت على الوجه الذي ثبت في الأصل، وفي الأصل، وهو الذهب والفضة يجعل أنواع النقرة والذهب نوعًا واحدًا وكذا الحديد.

وإن افترقا قبل التقابض لا يبطل البيع؛ لأن هذا بيع، وليس بصرف؛ ولكن يشترط أن يكون عينًا بعين لينتفي النَّسَاء، وكذلك هذا الحكم في سائر الموزونات.

وإذا باع الرجل من آخر سيفًا محلى بفضة بسيف محلى بفضة وقبض أحدهما السيف الذي اشتراه ولم يقبض الآخر السيف الذي اشتراه، ثم افترقا، فسد العقد في الكل.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن في الأموال الربوية يصرف الجنس إلى الجنس في المبادلات إذا لم يكن في صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة، [وإن[٣] كان في صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة][٤] يصرف الجنس إلى

(١) في ج: عدديا فهذا.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: فإذا.
(٤) سقط في أ.

خلاف الجنس، وإنما وجب صرف الجنس إلى الجنس عند جواز العقد بالنص، وهو قوله ﷺ: «الذهب بالذهب مثل بمثل، والفضة بالفضة مثل بمثل»[١] فقد جعل الجنس بالجنس حالة المماثلة وحال المماثلة في الأموال الربوية حالة جواز العقد.

ونوع من المعنى يدل عليه أنا لو صرفنا الجنس إلى خلاف الجنس احتجنا إلى التقويم بآرائنا واجتهادنا، وإذا صرفنا الجنس إلى الجنس استغنينا عن الاجتهاد؛ فإنه لا مزية لأحدهما على الآخر[٢]؛ لأن المالية تنشأ عن الذات، فإذا استويا في الذات، استويا في القيمة من حيث القطع، وإنما وجب صرف الجنس إلى خلاف الجنس إذا كان في صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة؛ لأن صرف الجنس إلى الجنس [إذا][٣] لم يكن فيه فساد العقد بالنص، ولا نص فيما إذا كان في صرف الجنس إلى الجنس فساد العقد، فبطلت.

فيه دليل آخر: وقد وجد دليل آخر يوجب صرف الجنس إلى خلاف الجنس، وهو ظاهر عقلهما ودينهما؛ لأن الظاهر من حال العاقل المتدين مباشرة الصحيح، والجائز من العقود دون الفاسد، والجواز هاهنا في صرف الجنس إلى خلاف الجنس.

إذا ثبت هذا فنقول: ليس في صرف الحلية إلى الحلية فساد العقد، أما إذا كانت الحليتان في الوزن على السواء فظاهر، وأما إذا كان إحداهما أقل من الأخرى؛ فلأن أقلهما يكون بمثل وزنها من الأخرى، والباقي من حلية التي هي[٤] أكثر مع جفنه ونصله بمقابلة الجفن والنصل من الآخر، فصرفنا الجنس إلى الجنس.

فإذا فعلنا هكذا كانت الحلية بالحلية فإذا افترقا من غير قبض أحدهما فقد بطل العقد في حصة الحلية؛ لوجود الافتراق قبل قبض بدل الصرف، فيبطل في الكل؛

(١) تقدم.
(٢) زاد في ج: في المالية.
(٣) المثبت من المحيط.
(٤) في أ: هو.

لأن الكل بمنزلة شيء واحد.

فإن قيل: إن لم يكن في صرف الجنس إلى الجنس هاهنا فساد العقد في الحال ففيه فساد العقد في الثاني، وهو ما إذا افترقا من غير قبض إحداهما، وليس في صرف الجنس إلى خلاف الجنس فساد العقد لا في الحال ولا في الثاني؛ لأن العقد حينئذ لا يكون صرفًا أصلاً، وكما يحتال لتصحيح العقد يحتال لإبقاء العقد على الصحة.

ألا ترى أن من اشترى من آخر ثوبًا وعشرة دراهم بعشرين درهمًا وقبض مشتري الثوب والدراهم [الثوب والدراهم](١) ونقد عشرة دراهم ولم يقل: إنها بمقابلة الدراهم أو بمقابلة الثوب يجعل بمقابلة الدراهم؛ إبقاء للعقد على الصحة كذا هاهنا.

قلنا: إنما يحتال(٢) لبقاء العقد على الصحة إذا أمكن، أما إذا لم يمكن فلا؛ وهذا لأن الاحتيال(٣) لإبقاء العقد على الصحة بحكم ظاهر(٤) عقلهما ودينهما؛ لأن الظاهر من حال العاقل الدين أنه يقصد مباشرة العقد على وجه يبقى على الصحة، وبقاؤه على الصحة هاهنا بصرف الجنس إلى خلاف الجنس، إلا [أن](٥) في هذا الظاهر تعارض؛ لأن هذا الظاهر كما يقتضي صرف الجنس [إلى خلاف الجنس يقتضي صرف الجنس إلى الجنس](٦) حتى يجب التقابض في مجلس الصرف، فيحصل مقصود كل واحد منهما من عقد الصرف؛ [لأن مقصود كل واحد منهما من عقد الصرف](٧) لا يتم [إلا بالقبض، وليس أحد الظاهرين بالاعتبار بأولى من

(١) المثبت من المحيط.
(٢) في أ، ج: يختار.
(٣) في أ، ج: الاختيار.
(٤) في أ: ظاهره أحدهما.
(٥) المثبت من المحيط.
(٦) سقط في أ، وفي ج: الجنس.
(٧) المثبت من المحيط البرهاني.

الآخر؛ إذ ليس في اعتبار أحدهما فساد العقد وفي اعتبار الآخر جوازه، فسقط اعتبار كلا الظاهرين ويعمل فيه بظاهر قوله عليه السلام: «الذهب بالذهب مثل بمثل»(١).

بخلاف ما ذكر من المسألة؛ لأن هناك الاحتيال لإيفاء العقد على الصحة ممكن؛ لأنه لا يعارض فيما ذكرنا من الظاهر؛ لأن في جعل المنقود بمقابلة العشرة إبقاء العقد على الصحة، وليس في جعله بإزاء الثوب تفويت عرض المتعاقدين، فعملنا بالظاهر الذي قلنا في صرف المنقود إلى العشرة ابقاء للعقد على الصحة، وأما هاهنا بخلافه على ما ذكرنا.

وإذا اشترى الرجل من آخر سيفًا محلى بفضة بعينه بثوب وعشرة دراهم وتفرقا قبل أن يتقابضا بطل العقد في الكل؛ لأن العشرة التي مع الثوب مصروفة إلى الحلية إن كانت الحلية مثل وزنها، وإن كانت الحلية أكثر من وزنها يصرف العشرة إلى الحلية بمثل وزنها، والباقي من الحلية والنصل والجفن كله بمقابلة الثوب](٢).

[ولو اشترى رجل من رجل مثقالًا من فضة، ومثقالًا من نحاس بمثقال من فضة وثلاث مثاقيل من حديد، فهو جائز عندنا، ويجعل المثقال من الفضة بمثله من المثقالين، ويجعل النحاس الذي مع هذا المثقال بمثقال فضة وثلاث مثاقيل حديد، وكذلك مثقال صفر ومثقال حديد بمثقال صفر ومثقال رصاص يجوز، ويجعل مثقال صفر بمثقال صفر، والحديد بالرصاص.

وإذا اشترى إناء من نحاس برطل من حديد بغير عينه ولم يضرب له أجلًا وقبض الإناء، فهو جائز إن دفع إليه الحديد قبل أن يتفرقا](٣)؛ لأن الحديد موزون، والموزون في الذمة إذا قوبل بعين يصير ثمنًا على ما مر في كتاب البيوع خصوصًا إذا صحبه حرف الباء، وترك التعيين في الثمن عند العقد لا يضر، ولكن يشترط قبض

---

(١) تقدم.
(٢) المثبت من المحيط البرهاني.
(٣) المثبت من المحيط البرهاني.

الحديد قبل أن يتفرقا؛ لأن الوزن يجمعهما، والوزن في ثمنين أو مثمنين يحرم النساء إلا أنه في المجلس[١] عفو، وخارج المجلس ليس بعفو.

هكذا ذكر المسألة في «الأصل» وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «شرحه» مفصلاً، فقال: إن كان ذلك الإناء يباع في العادة عددًا لا وزنًا لا يشترط قبض الحديد في المجلس؛ لأن هذا افتراق عن عين بدين في جنسين مختلفين، وإن كان ذلك الإناء لا يباع وزنًا في العادة، فلا بد من قبض الحديد في المجلس؛ لأنه بيع موزون بموزون من جنسه، والدينية فيه عفو قبل الافتراق، وليس بعفو بعد الافتراق.

ولو قبض الحديد في المجلس ولم يقبض الإناء حتى افترقا، فالعقد صحيح؛ لأن ما كان دينًا قد تعين بالقبض قبل الافتراق والإناء عين، فترك القبض فيه قبل الافتراق لا يضر. والله أعلم.

* * *

(١) في ج: الجنس.

الفصل الحادي عشر
في الصرف والغصب والوديعة

وإذا غصب الرجل من آخر قلب فضة أو ذهب، واستهلكه، فعليه قيمته مصوغًا من خلاف جنسه؛ لأنه تعذر تضمينه بمثله؛ لأن القلب ليس من ذوات الأمثال، وتعذر تضمينه من [غير][١] جنسه غير مصوغ؛ لأنه يؤدي إلى إبطال حق المغصوب منه من الصنعة والجودة، وتعذر تضمينه من جنسه مصوغًا؛ لأنه يؤدي إلى الربا، أو إلى تفويت حق المغصوب منه في الجودة؛ لأنه يصل إلى صاحب القلب مثل وزن القلب وزيادة، فإذا تعذر تضمينه بهذه الوجوه تعين تضمينه مصوغًا من خلاف جنسه؛ لأنه لا يؤدي إلى الربا أو إلى تفويت حق المغصوب منه في الجودة ثم إذا ضمنه القاضي قيمته من خلاف جنسه، صار القلب ملكًا له بالضمان على ما عرف.

فبعد ذلك ينظر إن قبض المغصوب منه القيمة قبل أن يتفرقا بقي التضمين صحيحًا بالإجماع، وإن تفرقا قبل قبض القيمة، فكذلك[٢] لا يبطل التضمين عند علمائنا الثلاثة، رحمهم الله وكان ينبغي أن يبطل وهو شبهة زفر - رحمه الله - في المسألة.

ووجه ذلك أن هذا صرف ثبت حكمًا لإيجاب الضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل، فيشترط له التقابض كما لو ثبت الصرف قصدًا.

والجواب وهو قول علمائنا الثلاثة، رحمهم الله: أن قضاء القاضي بقيمة العين عند التعذر بمنزلة قضائه برد العين حالة [قيام][٣] العين لكون القيمة قائمة مقام العين، ثم القاضي لو قضى على الغاصب برد عين القلب لا يشترط القبض في المجلس، فكذا إذا قضى برد القيمة؛ لأن هذا صرف ثبت حكمًا للضمان الواجب بالغصب لا مقصودًا وما ثبت حكمًا لغيره لا مقصودًا لا يراعى له من الشرائط ما

---

(١) المثبت من المحيط.
(٢) في أ، ج: وكذلك.
(٣) المثبت من المحيط.

يراعى له لو ثبت مقصودًا.

ألا ترى أن قيام المضمون حالة التضمين ليس بشرط لصحة التضمين مع أن التضمين يثبت المعاوضة؛ ولأن هذه المعاوضة ثبتت[١] حكمًا للتضمين لا مقصودًا، فلم يشترط لها ما يشترط لو كان ثبتت[٢] هذه المعاوضة قصدًا.

وبيانه: أن هذه المعاوضة تثبت حكمًا لأن المعاوضة لابد لها من صنع من جهة المتعاوضين والموجود من الغاصب الغصب، والغصب نفسه ليس بموجب الملك في المغصوب للغاصب، وإنما هو موجب للضمان على الغاصب، ثم من ضرورة وجوب الضمان على الغاصب زوال المغصوب عن ملك المغصوب منه إلى ملك الغاصب كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد.

فهو معنى قولنا: إن هذه معاوضة تثبت حكمًا وإنما جعلنا هذه المعاوضة لوجوب الضمان؛ لأنها تثبت وجوب الضمان من غير أن يتخلل بين الضمان والمعاوضة فعل فاعل مختار، وحكم الشيء ما ثبت عقيب ذلك الشيء من غير تخلل واسطة اختيارية، والتقريب ما ذكرنا.

وكذلك إن اصطلحا على القيمة، فهو على هذا الخلاف، ولو أخر القيمة عنه شهرًا جاز عند علمائنا الثلاثة أيضًا.

وإذا غصب الرجل من آخر ألف درهم ثم اشتراها منه بمائة دينار وقبض المائة دينار[٣] قبل أن يتفرقا جاز، وإن لم تكن الدراهم في يده وقت الشراء؛ لأن قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء.

وكذلك إن صالح منها على مائة دينار وقبض المائة دينار[٤] قبل أن يتفرقا؛ لأن الصلح على خلاف جنس الحق بمعنى الشراء فقد وجد قبض البدلين في مجلس

---

(١) في أ، ج: ثبت.
(٢) في أ، ج: ثبت.
(٣) في أ، ج: الدينار.
(٤) في أ، ج: الدينار.

العقد أحدهما حقيقة والآخر حكمًا.

ثم يستوي في هذا أن تكون الدراهم قائمة في منزل الغاصب، أو كانت مستهلكة، ففي الحالين جميعًا يجوز الشراء بالمائة دينار[١] إذا قبض المائة في المجلس، أما إذا كانت قائمة؛ فلأن الغاصب قابض لها بيده، وإن كانت مستهلكة؛ فلأنه قابض لها بذمته.

وكذلك لو كان الذي غصبه إناء فضة، ثم اشتراه الغاصب من المغصوب منه أو صالحه على جنس حقه أو على خلاف جنس حقه وقبض المغصوب منه البدل قبل أن يتفرقا، وأما إذا تفرقا قبل أن يقبض المغصوب منه المائة الدينار فالشراء لا يجوز قياسًا واستحسانًا، سواء كان المغصوب قائمًا أو مستهلكًا، وأما الصلح، فإن المغصوب مستهلك[٢] حقيقة بأن أحرقه الغاصب، أو حكمًا بأن كان معينًا أو حلف الغاصب وتفرقا قبل قبض البدل، القياس أن يبطل الصلح. وفي الاستحسان: لا يبطل.

ولو كان المغصوب قائمًا في يد الغاصب، وهو مقر به، ولا يمنع المالك من أخذه، لا يجوز الصلح قياسًا واستحسانًا.

وجه الاستحسان: وهو الفرق بين البيع والصلح إذا كان المغصوب مستهلكًا أن في الصلح [إن][٣] تعذر العمل بلفظ الصلح باعتبار المبادلة من حيث إن قبض البدل قبل الافتراق شرط في المبادلة كما في البيع أمكن العمل بمجازه بأن يجعل الصلح كناية عن التضمين.

ويصير معنى قوله: صالحتك بمنزلة قوله: ضمنتك قيمته من خلاف جنسه، أو من جنسه بمثل وزنه غير مصوغ، فإن له أن يضمنه مثل وزنه من جنسه غير

(١) في أ: الدينار.
(٢) في ج: مستهلكا.
(٣) المثبت من المحيط.

مصوغ[١]، وقبض القيمة ليس بشرط لصحة التضمين عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - على ما بينا، فيجعل كذلك.

وإنما قلنا: إنه أمكن العمل بمجازه وهو التضمين؛ لأن بين التضمين وبين الصلح موافقة من حيث المعنى الخالص؛ لأن الصلح أخذ بعض الحق وترك بعض الحق؛ لأنه أخذ الحق من حيث المعنى وترك الحق من حيث الصورة، وحق المغصوب منه في الصورة معتبر حتى لا يكون للغاصب حال قيام المغصوب أن يمسك المغصوب ويعطيه مثله، فثبت أن في الصلح معنى التضمين.

[فعند تعذر][٢] العمل به باعتبار المبادلة يجعل كناية عن التضمين تصحيحًا له، والتقريب ما ذكرنا.

بخلاف ما إذا كان المغصوب قائمًا بعينه، والغاصب مقر لا يمنع المالك من أخذه؛ لأن هناك لا يمكن أن يجعل الصلح كناية عن تضمين القيمة؛ إذ ليس له حق تضمين القيمة والحالة هذه، ولا يمكن تصحيحه بطريق المبادلة؛ لأن قبض البدل في المجلس في المبادلات شرط، ولم يوجد، ولا يمكن[٣] تجويزه بطريق استيفاء البعض والإبراء عن البعض؛ لأن الإبراء عن الأعيان باطل.

فأما إذا كان المغصوب مستهلكًا، [فللمالك][٤] حق تضمين الغاصب، فيمكن تصحيح الصلح باعتبار معنى التضمين، فصححناه كذلك.

أما في فصل البيع كما تعذر العمل بحقيقته، وهو المبادلة؛ لأن قبض البدلين في المبادلات شرط، ولم يوجد تعذر العمل بمجازه بأن يجعل كناية عن التضمين أيضًا؛ لأنه ليس في البيع معنى التضمين؛ لأن التضمين أخذ بعض الحق وترك بعض الحق، وليس في البيع هذا المعنى؛ لأن قبل البيع لم يكن لواحد منهما على صاحبه

(١) في أ: مصنوع.
(٢) في أ، ج: فقد تعمد.
(٣) في أ، ج: يكون.
(٤) حدث في - تقديم وتأخير يخل المعنى.

حق، وإنما وجب الحق بالبيع وما وجب بالبيع استوفاه بكماله، فليس فيه معنى أخذ بعض الحق وترك البعض[١]، فكما تعذر العمل بحقيقة البيع مبادلة، تعذر جعله مجازًا عن التضمين، أما في الصلح معنى التضمين؛ لأن قبل التضمين إذا كان العين قائمًا فللمالك أخذ العين، وبعد ما هلكت العين، وعجز المالك عن أخذ العين إذا ضمنه فقد أخذ بعض الحق وترك البعض؛ فكان في الصلح معنى التضمين من الوجه الذي بينا، والتقريب ما مر.

ولو أن رجلاً أودع رجلاً ألف درهم وقبضها المودع، ووضعها في بيته، ثم التقيا في السوق، فباع صاحب الوديعة دراهم الوديعة من المودع بمائة دينار، وقبض صاحب الوديعة الدينار، وافترقا قبل أن يحدد المودع في الوديعة قبضًا، فقد بطل البيع؛ لأن الافتراق حصل قبل قبض أحد البدلين؛ لأن المودع بنفس الشراء لا يصير قابضًا الوديعة بحكم الشراء؛ لأن قبض الوديعة لا ينوب عن قبض الشراء وقد مر هذا في كتاب البيوع، بخلاف ما إذا كان مكان الوديعة غصب؛ لأن هناك الغاصب يصير قابضًا المغصوب بجهة الشراء؛ لأن قبض الغصب ينوب أيضا عن قبض الشراء؛ لأن كل واحد منهما قبض ضمان، وقد مر هذا في كتاب البيوع. والله أعلم.

* * *

(١) في ج: بعض الحق.

الفصل الثاني عشر
في المتفرقات

قال محمد - رحمه الله -: إذا اشترى الرجل من آخر عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم، فزاد(١) عليها دانقا فوهبه له هبة، ولم يدخله في البيع [فهو جائز](٢) [يريد بقوله: لم يدخله في البيع أن الهبة](٣) لم تكن مشروطة في الشراء إذ لو كانت مشروطة في الشراء لأفسد(٤) الشراء، وإنما جاز هذا التصرف؛ لأنه لو لم يجز، إنما لم يجز لمكان الربا، وإذا وهب الدانق منه، فقد انعدم الربا.

قالوا: وإنما تصح هبة الدانق إذا كان الدرهم بحيث يضره الكسر؛ لأنه [حينئذٍ لا يكون](٥) هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فلا تتم قبل القسمة والتمييز.

ولا يجوز بيع الذهب بالذهب مجازفة، ولا بيع الفضة بالفضة مجازفة إذا لم يعرف وزنهما أو وزن أحدهما، والأصل فيه قوله عليه السلام: «الفضة بالفضة مثل بمثل وزن بوزن والذهب بالذهب مثل بمثل وزن بوزن»(٦)، فقد جعل المماثلة في الوزن شرط جواز البيع ولم توجد المماثلة في الوزن هاهنا، فإن وزنا فوجدا متماثلين فهذا على وجهين:

إن وزنا في مجلس العقد، فالبيع جائز، وإن وزنا بعد الافتراق عن المجلس لا يجوز العقد، وهو نظير بيع الصبرة بالصبرة مجازفة، وقد مر الكلام فيه قبل هذا.

ويجوز بيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب إذا اعتدل البدلان في كفة الميزان وإن لم يعلم مقدار كل واحدٍ منهما [لتيقننا](٧) بالمماثلة وزنًا، والمماثلة إذا وزن أحدهما

---

(١) ثبت في الحاشية: إذا شرط أن الزائد هبه.
(٢) سقط في ج.
(٣) في أ: إن.
(٤) في أ: لأفسده.
(٥) في ج: لا يكون حينئذٍ.
(٦) تقدم.
(٧) سقط في ج.

لصاحبه أظهره إذا وزن كل واحد منهما بالسخات[١] عقد الصرف إذا فسد بسبب الافتراق عن المجلس قبل القبض لا يخرج المشترى عن ملك المشتري قبل الرد على البائع.

بيانه في مسألة ذكرها محمد - رحمه الله - في الجامع [الكبير][٢]: رجل اشترى من آخر إبريق فضة بدينارين وقبض الإبريق ونقد دينارًا واحدًا، ثم تفرقا قبل أن ينقد الدينار الآخر، فسد البيع في نصف الإبريق، ولا يتعدى الفساد إلى النصف الآخر، فإن حضر رجل بعدما غاب بائع الإبريق وادعى نصف الإبريق لنفسه، كان المشتري خصمًا؛ لأن المشتري مالك جميع الإبريق؛ لأن السبب وإن فسد في النصف؛ لمكان الافتراق لا يبطل ملكه فيه ما لم يرده؛ لأن فساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت الملك عند اتصال القبض به، فأولى ألا يمنع بقاء الملك في المقبوض فكان كل الإبريق ملكًا للمشتري، فيكون خصمًا للمدعي.

هشام قال: سألت أبا يوسف - رحمه الله -: عمن باع درهمًا بدرهم، فرجح أحدهما فخلطه صاحب الرجحان، قال: هذا جائز؛ لأنه لا يقسم. الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله -: لا بأس ببيع خاتم فيه فص بخاتمين فيهما فصان، وكذلك السيف المحلى بسيفين. وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا بأس ببيع المغشوش إذا ثبت أو كان ظاهرًا يرى، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله -.

وقال في رجل حمل على الفضة النحاس، فلا يبيعها حتى يبين، قال: ولا بأس بأن يشتري بستوقة إذا بين، وأرى للسلطان أن يكسرها[٣] لعلها تقع في أيدي[٤] من لا يبين.

بشر في الإملاء عن أبي يوسف رحمه الله: وأكره للرجل أن يعطي الزيوف

(١) في ج: بالسحاب.
(٢) المثبت من المحيط.
(٣) ثبت في الحاشية: كسر الدراهم الستوقة.
(٤) زاد في ج: الناس.

والنبهرجة والستوقة والمكحلة والمزيفة والبخارية وإن بين ذلك، ويجوز بها عند الأخذ من قبل أن إنفاقها ضرر على العوام، وما كان ضررًا عامًا فهو مكروه، وليس يصلحه تراضي هذين الحاضرين من قبل ما يتجوز فيه من الدلسة على الجاهل به، ومن الفاجر الذي لا يتحرج. وقال: كل شيء لا يجوز بين الناس، فإنه ينبغي أن يقطع، ويعاقب(١) صاحبه إذا أنفقه وهو يعرفه.

ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله -: أن الرد بالعيب بعد القبض لا يبطل الصرف، وكذلك الرد بخيار الرؤية، والرد بالعيب قبل القبض بمنزلة موت العبد قبل أن يقبضه، وأما في الرد بخيار الشرط بعد القبض يرجع بالدنانير التي أعطاه بدل الألف درهم الثمن.

وفي كتاب الصرف: إذا اشترى ألف درهم بعينها بمائة دينار والدراهم بيض، فأراد مشتري الدراهم أن يتبرع على بائعه بالجودة وأبى بائعه تبرعه فله ذلك.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: وهو نظير ما ذكر في الجامع: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فأتاه بألف(٢) جياد، وأبى صاحب الدين أن يقبل ذلك، لا يجبر عليه، وإن أتى بجنس حقه وزيادة؛ لأنه تبرع فكان له ألا يقبل تبرعه وكذا هاهنا.

قال: وكذلك لو اشترى منه ضربًا من الدنانير وقال للبائع: أعطني دنانير غيرها لم يكن له ذلك وإن كان ما طلب دون حقه إلا أن يرضى الآخر.

وفي المنتقى: وللذي عليه السود [أن](٣) يؤدي بيضًا هو مثل السود أو أجود منه، ويجبر من له على القبول، وكذا من عليه البيض إذا أدى سودًا مثله يجبر على القبول عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -.

---

(١) ثبت في الحاشية: قطع الدرهم الزيف وعقوبة صاحبه.
(٢) زاد في ج: درهم.
(٣) سقط في ج.

قال هشام: سمعت محمدًا - رحمه الله - يقول في رجل له ابن صغير قال: اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني هذا بعشرة دراهم، ثم مات الأب قبل أن يزن العشرة، فإنه يبطل الصرف بقيامه.

قال: وسمعت أبا يوسف - رحمه الله - يقول: رجل اشترى دينارًا بعشرة دراهم وقبضه على أن الدينار مثقال وحبة ثم افترقا، فوزن الدينار، فإذا هو ينقص حبة، وهو مثقال سواء، فإنه يرجع البائع بحصة الحبة من الدينار، أو يرد الدينار الناقص على البائع ويأخذ منه دينارًا بوزن مثقال وحبة ويكون البائع شريكه في الحبة الزائدة.

وإن(١) أقرض الرجل رجلاً ألف درهم، وأخذ بها كفيلاً، ثم إن الكفيل صالح الطالب على عشرة دنانير وقبضها، فهو جائز؛ لأن الكفيل قائم مقام الأصيل، والأصيل لو صالح عن الألف درهم على عشرة دنانير جاز إذا قبض الدنانير في المجلس، فكذا إذا صالح الكفيل، ويرجع الكفيل على الأصيل بالدراهم؛ لأن الكفيل ملك ما في ذمته بالصلح.

ولو ملك ما في ذمته بالأداء أو بالهبة رجع به على الأصيل، وكذا إذا ملكه بالصلح.

ولو أن الكفيل صالحه على مائة درهم، لم يرجع على الأصيل إلا بمائة درهم، وإنما كان كذلك؛ لأن الصلح في معنى إبراء الكفيل عما زاد على المائة.

فإن قيل: إذا كان(٢) إبراء الكفيل عما زاد على التسعمائة، وإبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل كان يجب(٣) أن يكون للطالب حق الرجوع على المكفول عنه بتسعمائة كما لو قبض من الكفيل مائة، وقال له: أبرأتك عن التسعمائة وليس ذلك بالإجماع.

---

(١) في ج: وإذا.
(٢) زاد في ج: هذا.
(٣) في أ: يوجب.

قلنا: البراءة عن التسعمائة إنما تثبت من حيث إن الصلح يجوز بدون الحق، بمعنى استيفاء البعض، والإبراء عن الباقي، فيجعل هذا كالمنصوص عليه كأنه قال: تجوزت بدون الحق، [وإنما يقع التجوز بدون الحق إذا برئ][١] الأصيل عما وراء المستوفى، فصرفنا الأمر[٢] إليهما لهذه الضرورة.

وصار كأنه قال للكفيل وقت الصلح: استوفيت منك مائة وأبرأتك والأصيل عن تسعمائة، ولو نص على هذا كان لا يرجع الطالب على المكفول عنه بشيء كذا هاهنا بخلاف ما لو صالحه على عشرة دنانير؛ لأن هناك الكفيل ملك جميع ما في ذمته بالدنانير العشرة؛ لأن الدنانير العشرة تصلح بدلًا عن الألف درهم، فصار بمنزلة ما لو ملك ما في ذمته بالأداء، وهناك الكفيل يرجع على الأصيل بالألف، فكذا ما [في ذمته][٣] بالصلح، أما في مسألتنا فبخلافه.

هذا الذي ذكرنا إذا صالح الكفيل مع الطالب، فأما إذا صالح الكفيل مع الأصيل على عشرة دنانير، وذلك قبل أن يؤدي الكفيل شيئًا إلى الطالب، صح الصلح إذا قبض الكفيل الدنانير من الأصيل لما عرف أن الكفالة إذا كانت بأمر يوجب دينًا للكفيل على الأصيل، ولكن مؤجلًا إلى أن يؤدي، فإذا صالح الكفيل مع الأصيل فإنما صالح عن دين له مؤجل، والصلح عن الدين المؤجل صحيح بشرط قبض بدل الصلح في المجلس، ثم صلح الكفيل مع الأصيل لا يوجب سقوط مطالبة الطالب لا عن الكفيل ولا عن الأصيل، فيطالب الطالب إن شاء الأصيل، وإن شاء الكفيل، فإن طالب الكفيل وأخذ منه الألف لا يرجع الكفيل على الأصيل؛ لأن الأصيل ملك ما كان للكفيل في ذمة الأصيل بالصلح، فيعتبر كما[٤] لو ملكه بالأداء، ولو ملكه

---

(١) في أ: إذ.
(٢) في ج: الإبراء.
(٣) في ج: بدينه.
(٤) في ج: بما.

بالأداء بأن أدى الأصيل دين[١] الكفيل قبل أداء الكفيل دين الطالب، ثم أخذ الطالب الدين من الكفيل لا يرجع الكفيل على الأصيل بشيء كذا هاهنا.

وإن طالب الأصيل وأخذ منه الألف، كان للأصيل أن يرجع على الكفيل بالألف، إلا أن يشاء الكفيل أن يعطي الأصيل الدنانير التي أخذها منه؛ وهذا لأن الكفيل صار مستوفيًا الدراهم من الأصيل بهذا الصلح؛ لأنه أخذ الدنانير بدلًا عن الدراهم، والبدل قائم مقام المبدل، فيعتبر بما لو صار مستوفيًا الدراهم بجنسه بأن دفع الأصيل إلى الكفيل الألف درهم، وهناك الطالب إذا رجع على الأصيل وأخذ منه الألف، كان للأصيل أن يرجع بما أدى على الكفيل؛ لأن الأصيل إنما أدى الألف درهم إلى الكفيل ليستفيد البراءة عن دين الطالب ولم يستفد، فكان له الرجوع بما أدى كذا هاهنا.

ثم قال: إلا أن يشاء الكفيل أن يعطي الأصيل الدنانير التي أخذها منه، معناه: إذا قال الكفيل للأصيل حين أراد الأصيل أن يرجع عليه بالألف درهم: أنا أعطيك الدنانير التي أخذتها منك، ولا أعطيك الألف درهم فللكفيل ذلك؛ لأن الكفيل يقول للأصيل: أنا أخذت منك الدراهم بطريق الصلح.

ومبنى الصلح على الإغماض والتجوز بدون الحق، وإنما رضيت أنا بالتجوز بدون حق بشرط أن أكون أنا المباشر لقضاء دين الطالب لعلمي أن الطالب يرضى عني بدون الحق، فإذا باشرت أنت وأردت الرجوع إليّ[٢] بجميع الألف فقد فات غرضي من هذا الصلح، فلا أرضى به وهذا يصلح حجة للكفيل، فلهذا كان له الخيار بين أن يعطي الألف درهم، وبين أن يعطيه العشرة الدنانير. والله أعلم.

* * *

(١) في ج: دون.
(٢) في ج: علي.

كتاب المداينات

عن نفسه، أو عن غيره، والأمر به والقرض والاستقراض

هذا الكتاب يشتمل على عشرة فصول:

الأول: فيما يجري بين الدائن والمديون

من عليه الدين[1] المؤجل إذا قضى المال قبل حل أجله، ثم استحق المقبوض من يد الطالب، عاد المال مؤجلًا؛ لأن الأجل ما يسقط هاهنا مقصودًا، إنما يسقط حكمًا للقضاء من قبل من له الأجل.

والأصل أن الأجل إذا سقط للسبب ثَمَّ انفسخ الصلح.

وفي المنتقى: عن محمد - رحمه الله -: رجل له على رجل ألف درهم حالة فقال له رب الدين: إن دفعت إلي غدًا خمسمائة، فالخمسمائة الأخرى مؤخرة عندك سنة، وإذا[2] لم تدفع غدًا خمسمائة فالألف عليك على حالها، فهذا جائز.

---

(١) الدين لغة: هو ما له أجل، جاء في القاموس: أن الدين ما له أجل، وجمعه: أدين، وديون، ورجل مدين، ومديون، ومدان: عليه دين أو أكثر. وفي لسان العرب: الدين في اللغة: كل شيء غير حاضر، والدائن يطلق على آخذ الدين وعلى المعطي له، والأكثر استعماله في الثاني، والمدين والمديون: من عليه الدين، وقيل: المديون: كثير الدين، وهي لغة بني تميم، والحجازيون لا يقولون: مديونًا، وإنما يقولون: مدينًا.

ينظر: القاموس المحيط (٤/ ٢٦)، لسان العرب (١٧/ ٢٤)، محيط المحيط (١/ ٧٠٢).

وعرفه الكمال ابن الهمام: بأنه اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلًا عن شيء آخر، كبدل المتلف، والقرض، والمبيع، وغير ذلك، وعرفه ابن نجيم بأنه: لزوم حق في الذمة. وعرفه صاحب شرح منح الجليل بأنه: الشيء الموصوف المتعلق بالذمة.

وعند الشافعية: ما ثبت في الذمة بأي سبب من الأسباب، وهو عام يشمل جميع الحقوق المتعلقة بالذمة، سواء كانت مالية، أو غير مالية.

وعرفه صاحب كشاف القناع بأنه: الشيء الموصوف في الذمة إلى أجل.

ينظر: فتح القدير (٥/ ٤٣١)، شرح منح الجليل (٣/ ٢٦)، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (٣٥٦)، كشاف القناع (٣/ ٢٨٩)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٣١٢)، فتح الغفار شرح المنار (٣/ ٢٠).

(٢) في ج: وإن.

لو أن جماعة جاءوا إلى رجل فاستقرضوا منه دراهم، وأمروا المقرض أن يدفع إلى واحد منهم فدفع، لا يلزم المدفوع إليه إلا حصته، وهذا لأن المدفوع إليه وكيل من جهة شركائه بقبض أنصبائهم، وقبض الوكيل ينصرف(١) إلى الموكل فكأنهم قبضوا بأنفسهم، وهناك كان الجواب كما قلنا.

في مجموع النوازل: مسلم باع خمرًا وقضى بثمنه دينا عليه لمسلم، لا يحل للمطالب أن يأخذه.

وإن كان الدين على نصراني فباع خمرًا وقضى بثمنها(٢) دينًا عليه لمسلم، جاز للطالب أن يأخذه؛ لأن بيع الخمر من المسلم لا يصح، ولا يصير الثمن مملوكا للبائع، بل يبقى على ملك المشتري، والبائع يدفع مال الغير إلى رب دينه قضاء عن دينه، فلا يحل لرب الدين أخذه، أما بيع الخمر من النصراني صحيح فصار الثمن مملوكًا له، فإنما قضى البائع دين نفسه بمال نفسه فيحل لرب الدين أن يأخذ ذلك.

في القدوري: في كتاب الحظر والإباحة: رجل له على رجل آخر دراهم جياد بقضاء دائنيه فقال: أنفقها فإن لم ترج لك فردها علي، ففعل فلم ترج له، فله أن يردها استحسانًا.

قال عقيب ذكر جواب هذه المسألة: كذا قاله أبو يوسف، فيحتمل أن هذا قوله خاصة، كما قال فيمن كان له على آخر دراهم جياد فاقتضى منه زيوفًا، ولم يعلم بذلك حتى أنفقها، أنه يرد عليه مثل زيوفه فيرجع بمثل جياده.

وعن محمد - رحمه الله - مثل ذلك، ويحتمل أن يكون هذا قول الكل.

فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى عينا فوجده معيبًا وأراد رده، فقال له البائع: بعه فإن لم يشتر رده علي، فعرضه على البيع فلم يشتر منه، ليس له أن يرده.

والفرق: أن المقبوض من الدراهم ليس له عين حق القابض، بل هو جنس حقه

---

(١) في ج: ينتقل.
(٢) في أ: بثمنهما.

أو[١] تجوز بها خاصة وصار عين حقه، فإذا لم يتجوز بقيت على ملك الدافع فصح أمر الدافع القابض بالتصرف فيه، وكان عرض القابض تصرفا[٢] منه في ملك الغير بإذن المالك.

ومن كان له على آخر دين، فتصرف في ملك المديون بأمره، لا يسقط دينه إلا أنه إذا راج له تلك الدراهم، فإنما يسقط دينه؛ لأن في الابتداء تصرف للدافع، وفي الانتهاء لنفسه وكأن البائع وكله بأن يبيع دراهمه لأجل الدفع، وما يحصل له بها يقتضيه بدينه، وذلك صحيح.

أما مشتري العين فمالك للعين وإن كان معينًا إلا أن له حق الرد بالعيب، فلا يمكن أن يجعل قول البائع بعد إذنًا منه بالتصرف للبائع، فكان عرض المشتري المبيع على البيع تصرفا[٣] منه في المبيع لنفسه، وذلك يوجب سقوط خياره، ولو لم يسقط خياره إنما لا يسقط بقول البائع وإن لم يشتر رده عليه، ولا وجه إلى ذلك؛ لأن أكثر ما فيه أن يجعل هذا منه وعدا بالقبول لو رده، إلا أن المواعيد لا يتعلق بها اللزوم؛ ولأن هذا شرط يخالف حكم الشرع[٤] فيبطل، كما لو شرط المرتهن على الراهن لا يكون الرهن مضمونًا، كما لو شرط البائع على المشتري ألا يفسخ العقد بهلاك المبيع.

إذا قبض الدراهم من مديونه اقتضاءً للدين وأنفقها ثم ردت عليه بعيب الزيافة، فإن كان حين أنفقها يعلم أنها زائفة، فله أن يردها سواء قبلها بقضاء أو بغير قضاء.

فرق بين هذا وبين البيع إذا قبله البائع بغير قضاء، فإن هناك لا يكون للبائع أن يرده على بائعه.

والفرق: أن هناك الرد إذا كان بغير قضاء جعل عقدا جديدًا في حق الثالث، وهو

---

(١) في ج: و.
(٢) في أ: قصرنا.
(٣) في أ: قصرنا.
(٤) ثبت في حاشية ج: الشرط المخالف للشرع.

البائع[١]، أما هاهنا لا يمكن أن يجعل بيعًا جديدًا؛ لأنه لم يملكه[٢] الرد على ما قدمناه[٣].

قال أبو يوسف - رحمه الله -: من أقرض كر حنطة عفن وقبض المستقرض فاستهلكها ثم قضاه كر حنطة جيدة، فإن قال له الطالب: لي عليك حنطة جيدة وصدقه المطلوب وقضاه، ثم تصادقا أن الكر القرض كان عفنا، فللمستقرض أن يرجع فيها قضاء ويعطيه كرًّا عفنا مثل القرض.

وإن لم يكن الطالب قال له: كري جيد، لكن المستقرض قضى جيدًا من غير شرط جاز، وليس له أن يرجع.

قال ثمة: ويحتمل أن يكون جواب الوجه الأول قول أبي يوسف - رحمه الله - خاصة على ما قدمنا في دعوى الواقعات.

عن محمد - رحمه الله - من قال لآخر: لي عليك ألف درهم فقال الآخر - إن حلفت[٤] أنها لك علي أديتها إليك، فحلف فأداها إليه المدعى عليه - إن كان أداها إليه على الشرط الذي شرط، فهو باطل وللمؤدي أن يرجع فيما أدى؛ لأن ذلك المشروط باطل[٥]؛ لأنه على خلاف حكم الشرع؛ لأن حكم الشرع أن اليمين على من أنكر دون المدعي.

في النوازل: استقرض دراهم بخارية ببخارى، واشترى ساجة بدراهم بخارية فالتقيا في بلدة[٦] لا يقدر فيها على البخارية يؤجل قدر المسافة ذاهبًا وجائيًا ويستوثق منه؛ لأنه ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة، ويستوثق منه نظرًا للطالب.

(١) زاد في ج: هو الأول.
(٢) ثبت في حاشية ج: قضاه أجود.
(٣) في ج: قدمنا.
(٤) ثبت في حاشية ج: إن حلفت أديتها.
(٥) ثبت في حاشية ج: دفع شيئا على شرط فاسد.
(٦) ثبت في حاشية ج: التقيا في بلد غير بلد الدراهم.

من عليه قفيز حنطة لآخر إذا قال له: ليس عندي فبعني تلك الحنطة[١] فباعها منه فاشتراها من عليه، فالبيع فاسد وإن أراد صحته ينبغي أن يشتري المقرض ثوبا بتلك الحنطة ويقبضه منه ثم يبيعه منه بالدراهم؛ لأن الحنطة في الذمة تصلح ثمنا، ولا تصلح مبيعًا إلا بطريق السلم.

وما ذكر من الجواب من[٢] أصل المسألة على الإطلاق خلاف رواية الجامع؛ فقد ذكر في الجامع: أن من كان له على آخر طعام فاشترى ذلك الطعام بدراهم معلومة ونقد الدراهم في مجلس الشراء أنه يجوز الشراء.

من عليه دين إذا حمل حنطة وألقاها في بيت الدائن، فقال له الدائن: كلها حتى ننظر كم هي، فكالها ولم يجر بينهما بيع، فإن لم يكن جرى بينهما بيع مقاولة متقدمة تواضعا فيها على شيء مقدر بكل قفيز، فلا بيع بينهما.

أعطى المديون دينه إلى الدائن حيث أخذ اللصوص[٣] الطريق يأخذون أموال المسافرين، فأراد الدائن ألا يأخذ منه، ليس له ذلك؛ لأن المديون حيثما قدر على الأداء، فله أن يؤدي، كذا ذكر [إبراهيم عن أبي يوسف][٤] - رحمه الله -.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: عندي أن اللصوص إذا استولوا عليهم فله أن يمتنع من القبض؛ لأن المال صار في أيدي اللصوص؛ ألا ترى أن الكفيل بالنفس إذا سلم في مفازة أو في موضع لا يقدر المكفول له على استيفاء حقه منه، لم يصح تسليمه حتى كان للمالك ألا يقبل، وإذا لم يقبل لا يبرأ الغاصب عن الضمان. وبقول الفقيه أبو الليث - رحمه الله - يفتى.

في رهن المنتقى: رجل له على رجل عشرون درهمًا، فدفع من عليه إلى من له

---

(١) ثبت في حاشية ج: اشترى حنطة في ذمته.
(٢) في ج: في.
(٣) ثبت في حاشية ج: أعطاه دينه عند اللص.
(٤) في ج: عن إبراهيم بن يوسف.

مائة درهم وقال: خذ منها عشرين لحقك[١]، فضاعت قبل أن يأخذها فإنها من مال الدافع.

وفيه أيضًا: رجل له على رجل دينار، فدفع من عليه إلى من له دينارين، وقال: خذ أحدهما قضاء لك، فضاعا قبل أن يأخذ أحدهما بدينه، فدينه على حاله، وهو مؤتمن فيهما.

ولو قال: أحدهما قضاء لك، كان قابضًا له بدينه. والله سبحانه أعلم.

* * *

(١) ثبت في حاشية ج: دفع له أكثر من حقه وقال له: خذ منها.

الفصل الثاني

في قضاء الرجل دين غيره بغير أمره من مال نفسه أو من مال المديون

أحد الورثة[١] إذا قضى دين التركة من مال نفسه، ثم هلكت التركة قبل أن يرجع فيها، ثم ورثوا من ميت آخر لا يكون للذي قضى دين الميت الأول أن يرجع في تركة الميت الثاني؛ لأن القاضي إنما قضى الدين من خالص ماله ليصير ذلك دينا في مال الميت الأول لا في مال الميت الثاني، كتبته في شرح السير في باب السرية تؤمن حصنًا ثم تلحقها سرية أخرى.

في وصايا المنتقى: رجل مات وعليه ديون وترك ابنا وقد كان اشترى عبدا في حياته ولم يقبضه ولم ينقد الثمن، فقضى ابن البائع الثمن وقبض العبد، فإنه يكون بينه وبين الغرماء بالحصص.

روى ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - قال: وهذا بمنزلة الرهن لا يكون الابن أحق به.

وصورة مسألة الرهن: رجل مات وعليه ديون وبعض الدين رهن، فقضى بعض الورثة[٢] دين الغريم الذي بدينه رهن وافتك الرهن، فإنه يكون بينه وبين الغرماء، ولا يكون الوارث الذي قضى الدين أولى من بقية الغرماء.

من قضى دين غيره بأمره أو بغير أمره يخرج المقضي به عن ملك القاضي إلى ملك المقضي له من غير أن يدخل في ملك المقضي عنه؛ ألا ترى أن قضاء القاضي[٣] عن الميت صحيح، مع أن الميت ليس من أهل الملك ابتداء.

ومن قضى دين غيره بسبب، فعند ارتفاع ذلك السبب[٤] يعود المقضي به إلى ملك القاضي إن قضاه بغير أمر المقضي عنه، وإن قضاه بأمر المقضي عنه يعود إلى

---

(١) ثبت في حاشية ج: قضى الوارث الدين من ماله.
(٢) ثبت في حاشية ج: دفع الوارث الثمن وقضى المبيع وعليه ديون.
(٣) ثبت في حاشية ج: قضى الوارث دينا به رهن وأخذه.
(٤) ثبت في حاشية ج: قضاء دين غيره لسبب ثم ارتفع السبب.

ملك المقضي عنه؛ لأن الأصل عند ارتفاع السبب أن يعود المقضي به إلى ملك القاضي؛ إلا أن القضاء إذا كان بأمر المقضي عنه، فالقاضي استحق البدل عليه.

فلو قلنا: بأنه يعود إلى ملك القاضي بعد ارتفاع السبب بجميع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، وإنه لا يجوز، هذا المعنى معدوم فيما إذا قضى بغير أمره؛ لأن القاضي في هذه الصورة لا يستحق البدل على المقضي عنه فيرد إلى الأصل.

وعن هذا قلنا: إن من قضى الثمن عن المشتري بأمر المشتري ثم انفسخ البيع، يعود الثمن إلى ملك [القاضي، ولو كان قضى عن ملك المشتري بأمر المشتري ثم انفسخ البيع يعود الثمن إلى ملك](١) المشتري.

وإذا مات الرجل وعليه ديون(٢) كثيرة، فجاء رجل عند القاضي وأقر أن للميت عليه كذا وكذا من الدراهم أو الدنانير، فأمر القاضي المقر بأداء ما عليه إلى غريم الميت، صح أمره. فإذا دفع برئ عن دين الميت؛ لأن للقاضي ولاية قضاء الدين عن الميت، فلما أمره بما هو داخل تحت ولايته فصح الأمر وصح الدفع بناء عليه.

ولو أن هذا الغريم قضى دين الميت بما عليه بغير أمر القاضي، حكي فتوى شيخ الأئمة السرخسي - رحمه الله -: أن القضاء صحيح وسقط عنه ديون الميت.

وفي آخر كفالة الجامع في شرح شيخ الإسلام: مديون الميت إذا قضى دين الميت إلى غريم له على الميت دين كان ذلك مملوكًا لغريم الميت الذي له على الميت دين.

وفي الفتاوى: إذا مات الرجل وعليه دين ألف درهم وله مكاتب مكاتبته ألف درهم، فأدى المكاتب مكاتبته إلى غريم المولى قضاء مما له على مولاه بغير أمر الوصي، جاز استحسانًا.

قال: وهو بمنزلة ما لو كان للميت وديعة عند إنسان ألف درهم، وعلى الميت

---

(١) سقط في أ.
(٢) ثبت في حاشية ج: أمر القاضي مديون الميت بقضاء ديونه.

لرجل دين ألف درهم، فدفع المودع الألف إلى غريم الميت وقال: هذه الألف مال فلان الميت عندي أديت إليه قضاء عن دينك عليه، جاز.

وفي الفتاوى أيضًا: رجل له عند رجل ألف درهم وديعة، وعلى المودع لرجل ألف درهم دين، فدفع المودع الوديعة إلى غريم المودع، فللمودع الخيار إن شاء أجاز القضاء، ولا شيء له على المودع، وإن شاء ضمن المودع فيأخذ منه ألف ويسلم المؤدى لرب الدين؛ لأن المودع ملك الوديعة بأداء الضمان شائعًا على الدفع إلى الغريم وتبين أنه قضى دين الغير من ماله بغير أمره فيكون متبرعًا.

وأشار محمد - رحمه الله - في كفالة الأصل: إلى أن المودع ضامن الوديعة إلى غريم صاحب الوديعة.

وصورة ما ذكر في كتاب الكفالة: رجل دفع إلى رجل ألف درهم وقال له: اقض بهذا ما وجب لفلان علي من الدين، فلا يدفعها إلا بمحضر من فلان، فدفعها إليه بغير محضر من فلان فدفعها إليه، كان ضامنًا.

ألا ترى أن محمدًا - رحمه الله - ضمن الوكيل الدراهم مع أن الدراهم أمانة في يده وقد دفعها إلى غريم صاحب الأمانة. والله أعلم.

* * *

الفصل الثالث

في المديون يدفع المال إلى رجل وأمره أن يقضي به دينه

ذكر هشام في نوادره عن محمد - رحمه الله -: رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يعطيها غريمه، فأعطاه المأمور غيرها من عنده أو باعه بها ثوبا، أو كان للمأمور على الغريم ألف درهم فجعلها قصاصًا، فهذا كله جائز.

قال هشام: يعني لا يكون متطوعا فيما أدى.

فإن دفع إليه غلاما فقال: بعه وأعط فلانا ثمنا قضاء له مما له عليَّ، فأعطاه من عنده مثل ثمن الغلام قبل أن يبيعه قضاء مما له على رب الغلام، فهذا متطوع.

فهذا إذا دفع المولى إلى رجل مالا ليقضي دينه، وقال للمدفوع إليه: ادفع هذا إلى رب ديني فلان قضاء مما له علي، وخذ الصك، فدفع إليه ولم يأخذ الصك، لا يضمن.

ولو قال: لا تدفع هذا المال حتى تأخذ الصك.

وعلى هذا: المشتري إذا دفع ثمن ما اشترى إلى رجل ليدفع البائع وذكر أخذ الصك، فهو على ما ذكرنا من الوجهين.

ولو قال: لا تدفع إلا بمحضر من فلان، فدفع بغير محضر منه، ذكر في الأصل: أنه ضامن.

قيل: هذا إذا كان الرجل رفيع القدر يحتشم الناس مخالفته، فأما إذا كان وضيع القدر لا يحتشم الناس مخالفته، ولا ضمان؛ لأن الآمر شرط شرطا لا يفيد.

وفي الفتاوى: سئل الفقيه أبو بكر - رحمه الله - عن المديون إذا بعث بالدين على يدي رجل فجاء به إلى الطالب وأخبره بذلك ورضي به وقال للذي جاء بالمال: اشتر بها شيئًا، فذهب فاشترى ببعضه شيئًا وهلك الباقي.

قال: قد قيل: إنه يهلك من مال المطلوب.

وقيل: إنه يهلك من مال الطالب.

قال - رحمه الله -: وهو الصحيح. وعلل فقال: لأنه مأمور[١] بشراء شيء وكأنه قبضه، والصحيح من العلة أن يقال: إن الرضا يقتضيه في الانتهاء بمنزلة الإذن بالقبض في الابتداء، وهذه العلة تشير إلى أن الإجارة تلحق بالأفعال، وهو الصحيح. والله أعلم.

* * *

(١) في ج: لما أمر.

الفصل الرابع

إذا دفع ماله إلى رجل بجهة قضاء الدين رجاء أن يجيز رب الدين قبضه

ذكر في وكالة المنتقى برواية ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: رجل له على رجل مال، فجاء رجل للمديون وقال: ادفع ما لفلان عليك من الدين إليَّ فإنه سيجيز قبضي وما وكلني بقبضه، فدفع إليه ما لفلان عليه، ثم أجاز الذي له المال ذلك، فإن كان المال قائمًا في يدي القابض جاز إجازته، وإن كان المال ضاع من يد القابض، ثم أجاز رب الدين قبضه، لا تعمل إجازته، وإن كان المال قائمًا في يد القابض فقال الطالب: أجزت قبضه، وقال المطلوب: لا أجيز ذلك، ونهى المدفوع إليه عن الدين إلى الطالب، ليس للمطلوب ذلك، والقبض جائز.

وفيه أيضًا: رجل له على رجل ألف درهم، فأتاه رجل وقال: أقبضني ما لفلان عليك فإنه سيجيز قبضي وما وكلني به، فدفع الغريم الألف لفلان عليه مع علمه أنه ليس بوكيل في القبض.

المال في يد المدفوع إليه بمنزلة الوديعة من الدافع، إن أراد قبضه منه قبل أن يقدم الغائب فله ذلك، وإن ضاع من يد المدفوع كان من مال الدافع، ولم يكن على القابض في ذلك ضمان.

وكتب في شرح الزيادات فيمن قال لغيره: لفلان عليَّ كذا وكذا من المال فاقبضه لعل هو يجيز قبضك، فقبضه منه، ثم أراد الدافع استرداد ذلك منه، ليس له ذلك.

قال في المنتقى: إن قدم الطالب قبل أن يضيع المال من يد القابض فأجاز الطالب القبض، فالمال ساعة أجاز الطالب القبض يصير للطالب إن ضاع بعد الإجازة كان من الطالب ولا يحتاج القابض إلى أن يقبض المال للطالب بعد إجازته ذلك قبضًا جديدًا، وصار كأنه كان وكيلاً يوم قبض المال للطالب.

وهذا نظير رجل باع عبد رجل من رجل بغير أمر مولى العبد، وقال للمشتري: اشتر مني عبد فلان بكذا، وإنه لم يوكلني ببيعه، ولكني أرجو أن يجيز ذلك، فاشتراه

المشتري على ذلك ودفع إليه الثمن، فقبضه البائع ووضعه عنده، ثم أجاز مولى العبد البيع، فهو جائز، ويصير ذلك الثمن لمولى العبد ساعة أجاز البيع، ولو ضاع الثمن في يد البائع قبل أن يجيز مولاه البيع، فلا ضمان فيه للمشتري على البائع قبل أن يجيز مولاه؛ لأن الثمن كان عنده بمنزلة الوديعة للمشتري، فإن أجاز مولاه البيع بعد ذلك لم يجز، ولا يكون له أن يرجع على المشتري بثمن، ولا يكون له أن يضمن البائع. والله أعلم.



الفصل الخامس

في المديون إذا أمر غيره أن يقضي دينه، ثم إن المديون قضى الدين لنفسه

في كتاب الأقضية: رواه ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: في رجل أمر رجلًا أن يدفع إلى فلان ألفا عليه، ثم قضى الآمر الطالب ماله، فدفع المأمور الألف بعد ذلك إلى الطالب، فإن الدافع يرجع بما دفع إلى القابض، ولا يرجع به على الآمر، فقد أثبت القول بدفع الموكل حتى لم يثبت له حق الرجوع على الآمر، ولم يشترط على المأمور بدفع الآمر.

وذكر هذه المسألة في كتاب الوكالة وشرط العلم بدفع الآمر بصيرورة المأمور معزولًا.

وجه ما ذكر في الأقضية: أن هذا عزل حكمي وليس بقصدي؛ لأنه ما صرح بعزله، إنما يصرفه الأداء، والأداء تصرف في المؤدى، وليس بتصرف في الوكيل إلا أن الوكيل ينعزل ضرورة فوات المأمور به، فإن المأمور به إسقاط الدين عن ذمته بالدفع، ولا يتصور ذلك بعدما سقط الدين على المأمور، فهو معنى قولنا: إن هذا عزل حكمي، ولا يتوقف على العلم.

وجه ما ذكر في كتاب الوكالة: أن عزل المأمور لم يثبت بدفع الآمر؛ لأنه لا وجه له من طريق الحكم، ولكنه منع له عن الدفع لعدم الفائدة.

بيانه: أن طريق قضاء الدين أن يصير المؤدى مضمونًا على رب الدين، ولرب الدين على المديون بمثله فيلتقيان قصاصًا، ويتصور وجود قبض المديون المضمون بعد دفع الموكل، فكان كالمأمور وهو جعل المقبوض مضمونًا على القابض متصورًا فلم يكن من ضرورة عزله، ولكن منعه عن الدفع؛ لأن الأمر بالدفع يفيد إلى حين فراغ ذمته دلالة، وقد فرغت ذمته عن الدين بالدفع، فكان هذا بمنزلة العزل القصدي فيتوقف على العلم.

قال في الأقضية: فإن أقام بينة - يعني: المأمور - على أنه قضاه بعد الأمر قبل أداء الآمر، فللدافع أن يرجع بماله إن شاء على القابض، وإن شاء على الآمر، والله أعلم.

الفصل السادس

في المأمور بقضاء الدين إذا قال: وقبضت، وصدقه الآمر في ذلك وكذبه رب الدين

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا أمر الرجل غيره أن يقضي دينه عنه، فقال المأمور بعد ذلك الأمر: فقبضت وأرجع بذلك عليك. وصدقه المديون، وقال رب الدين: ما قبضت شيئًا. فالقول قول رب الدين مع يمينه؛ لإنكاره القبض حتى كان له أن يرجع على المديون بدينه، ولا يرجع المأمور على الآمر بشيء وإن صدقه في القضاء؛ لأن القضاء لم يثبت، كما حكمنا برجوع رب الدين على المديون، فإن جحد الآمر القضاء، وأقام المأمور بينة على القضاء ورب الدين غائب، قبلت بينته وقضي على المأمور بالمال؛ لأنه يدعي لنفسه حقا على الآمر فيكون خصمًا في إثبات سببه، والآمر منكر بحقه فيكون خصمًا[1] في إنكار سببه ويكون ذلك قضاء على[2] الغائب بالقبض، حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره؛ لأن الحاضر انتصب خصمًا عنه فيعدل القضاء إليه.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع عقيب ذكر هذه المسألة: وكذلك الكفيل على هذا - يريد به: إذا كفل رجل عن رجل بمال بأمر المكفول عنه، فقال الكفيل بعد ذلك: قضيت صاحب المال ماله، وصدقه المكفول عنه في ذلك، وكذبه صاحب المال وحلف وأخذ ماله من المكفول عنه، لم يرجع الكفيل عن المكفول عنه لما قلنا.

ولو أن الآمر جحد القضاء أيضًا، فأقام المأمور بينة أنه قد قضى صاحب المال، رجع المأمور على الآمر؛ لأن الثابت من القضاء بالبينة كالثابت عيانًا، وتقبل هذه البينة على الطالب أيضًا، وإن كان الطالب غائبًا إذا كان الآمر حاضرًا وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، والله أعلم.

---

(١) في ج: سببًا.
(٢) في ج: عن.

ومما يتصل بهذا الفصل:

ذكر في كتاب الأقضية: رجل ادعى على رجل أن له على فلان ألف درهم، وأن فلانًا أمر هذا أن يدفعها إليّ من هذه الألف الوديعة التي له عندي، وجحد المودع الآمر بذلك، فأقام المدعي بينة على الألف الوديعة والآمر بالدفع إليه وقضى القاضي عليه، يكون ذلك قضاء على الغائب وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، والله أعلم.

* * *

الفصل السابع

في الرجل يأمر غيره بدفع المال إلى غيره فيرجع المأمور بذلك على الآمر أو لا يرجع

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا قال الرجل لغيره: انقد فلانًا عني ألف درهم، أو قال: اقض، أو قال: ادفع، أو قال: أعط، وذكر (عني) في هذه الألفاظ فهذا كله من الآمر إقرار بالدين، وإذا فعل المأمور ذلك، فإن له أن يرجع على الآمر بما دفع، وكذلك إذا لم يقل: (عني) ولكن قال: الألف التي له علي، كان إقرارًا من الآمر، ويرجع المأمور بما أدى على الآمر، وإن لم يشترط الرجوع والضمان.

فرق بين هذا وبين ما إذا قال لآخر: أدّ عني زكاة مالي، أو أطعم عني عشرة مساكين عن كفارتي، أو قال: تصدق عني بعشرة دراهم على المساكين، أو قال: هب فلانًا عني ألف درهم، ففعل ذلك، لا يرجع المأمور على الآمر إلا أن يشترط الضمان.

والوجه في ذلك: أن الآمر طلب التمليك من المأمور في الوجوه كلها بما أمره أن يقضي عنه ويؤدي عنه؛ لأنه لا يكون قاضيًا عن الآمر إلا وأن يكون المقضي به ملكًا للآمر، إلا أن الملك للآمر إنما يثبت في ضمن ملك القابض؛ لأن الأمر بالتمليك من الآمر إنما يثبت في ضمن الأمر بالتمليك من القابض عنه، فينظر إلى ملك القابض حتى يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل؛ لأنه يملكه بالمثل، حتى لو ظهر ألا دين عليه يسترد ذلك إلى القرض.

وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل، حتى إذا ظهر ألا زكاة عليه لا يسترد من الفقير ما قبض، فيثبت للقابض مثل ذلك. فإذا ثبت الملك للآمر في الموضعين جميعًا ثبت مثل ما ثبت للقابض.

ثم إن محمدًا - رحمة الله عليه - يسوي[1] في فصل الدين بين قوله: اقض فلانا

---

(١) في ج: سوى.

عني، وبين قوله: أعط فلانًا عني. نظير الجواب في قوله: هب فلانًا عني حتى لا يكون للمأمور حق الرجوع على الآمر إلا بالشرط؛ لأن الهبة والعطية سواء.

والجواب: أن الهبة لا تستعمل في قضاء الدين، لا يقال: وهب فلان فلانًا دينه إذا قضاه، وإنما يستعمل للتمليك بغير بدل، أما لفظة (الإعطاء) كما تستعمل في التمليك بغير بدل تستعمل ببدل، وهو قضاء للدين، يقال: فلان أعطى فلانًا دينه إذا قضاه، فإن كان المراد قضاء الدين، لا يزول ملك المأمور عن المدفوع بغير بدل، وإن كان المراد العطية يزول ملك المأمور عن المدفوع بغير بدل، ولا يزول ملكه عن المدفوع بغير بدل، بالشك والاحتمال.

ولو قال: انقده ألف درهم عني على أني ضامن لها، أو: على أني به كفيل، أو: على أنها لك علي، أو: إلي، أو: قبلي، أو عندي، كان هذا إقرارًا، وكان للمأمور أن يرجع بما قضى على الآمر، ويستوي في حق رجوع المأمور على الآمر أن يكون المأمور نقده الدراهم، ونقده بها مائة دينار أو باعه بها جارية أو غير ذلك؛ لأنه أوفاه[1] ألف درهم بالمقاصة؛ لأن بالبيع يجب بالثمن للمأمور في ذمة الآمر، ثم المأمور يجعلها قصاصًا بالألف التي للطالب على الآمر بما لو ادعاه باليد.

وذكر الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف: إذا قال لغيره: اضمن لفلان الألف التي له علي، فضمنها له، ثم أداها.

قال زفر - رحمه الله -: متطوع ولا يرجع على الآمر بشيء، إلا أن يكون خليطًا له.

قال: وهو قول أبي حنيفة - رضي الله عنه-.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: يرجع بها على الآمر وإن لم يكن خليطًا له.

ولو قال: عني. رجع بها عليه.

(١) في أ: أرفاه.

ولو قال: اقضه الألف التي له علي، فهذا مثل قوله: اضمن لي[١].

ولو قال الآمر: ادفع فلانًا ألف درهم قضاء له. ولم يقل: عني.

أو قال: اقض فلانًا ألف درهم. ولم يقل: عني. ولا قال[٢]: على أني ضامن لها.

ولا قال: على أني كفيل لها. على أنها لك علي. فدفعها المأمور إلى فلان، فإن كان المأمور شريكًا للآمر، أو كان خليطًا له - وتفسير الخليط: أن يكون المأمور في السوق بينهما أخذ وإعطاء، وبينهما مواضعة على أنه متى جاء رسوله أو وكيله ببيع منه أو بقرض - فإنه يرجع على الآمر بالإجماع.

وكذلك إذا كان المأمور في عيال الأمر، فإنه يرجع على الآمر وإن لم يوجد شيء من هذه الأشياء الثلاثة فالمأمور لا يرجع على الآمر عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -.

وعند أبي يوسف - رحمه الله -: يرجع.

ولو قال لغيره: أنفق علي، فأنفق، رجع على الآمر وإن لم يشترط الرجوع.

وذكر [شيخ الإسلام][٣] الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - في شرح كتاب الأقضية: أن في الأمر بالإنفاق وأداء الخراج والصدقات الواجبة وأشباه ذلك لا يوجب الرجوع إلا بالشروط. إلا رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - .

هكذا ذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي - رحمه الله - في شرح الجامع في باب متصل بأبواب القضاء.

وإذا دفع الرجل إلى رجل مالا وقال: جاهد به في سبيل الله، أو قال: حج به، أو قال: أنفق على نفسك مع عيالك. فهو قرض، إلا أن ينوي الصلة. في السير الكبير في باب الجنس.

---

(١) في ج: له.
(٢) في أ: قاله.
(٣) في ج: الشيخ.

وفي شرح السير: إذا دفع إلى رجل وقال: أنفقها على نفسك، أو[(١)] عيالك، فهذا قرض.

أبو يوسف - رحمه الله - يقول: أما[(٢)] قوله: اقض فلانًا، ادفع فلانًا ألف درهم قضاء، كلام محتمل: اقض عني، ويحتمل: اقض عن أجنبي، ويحتمل: اقض عنك إلا أنا لو جعلناه على قوله: (عني) صح هذا الأمر من كل وجه؛ لأنه يكون أمرًا بدفع ملكه؛ لأن ما قضى به يصير مملوكًا للآمر أولًا، ثم يصير المأمور دافعا ملكه، والأمر [هذا][(٣)] بالتصرف في ملكه صحيح من كل وجه.

ومن حمل على قوله: (عنك) أو عن أجنبي، إن كان يصح هذا الأمر من حيث إنه أمره بما هو حسن ومعروف لا يصح من حيث إن الأمر يلاقي ملك الغير، ويجب تصحيح كلام العاقل ما أمكن يحمل على قوله: (عني) ولو كان صرح بقوله: (عني) أليس أنه يرجع عليه بما أدى؟ فكذا ههنا.

ولهما: أن هذا الكلام محتمل في نفسه، فإن كان المراد: اقض عنك، أو عن أجنبي، لا يثبت حق الرجوع، [ولا يثبت حق الرجوع][(٤)] بالشك. وما يقول فإنه يحمل على قوله: (عني) صح الأمر من كل وجه.

قلنا: قوله: (عني) ليس مذكورا، وغير المذكور إنما يجعل مذكورا إذا لم يكن للكلام صحة بدونه أصلاً، وههنا الكلام صحيح وإن كان المراد منه: عنك أو عن أجنبي من حيث إن هذا بما هو معروف وحسن، وليس كما لو كان شريكا له أو خليطا له أو كان في عياله؛ لأن الخلط سببه استعانة كل واحد منهما بصاحبه، والشركة كذلك، فإن المعتاد أن كل واحد منهما مستعين من صاحبه في قضاء الدين من مال الشركة حتى يحتسب من ماله، وكذلك المعتاد أن يستعين كل إنسان بمن

---

(١) زاد في ج: أو قال على.
(٢) في ج: أن.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.

يقول في قضاء دينه من ماله، وإنما يصير مستعينًا إذا حمل على القضاء عنه، والأجير الخاص وهو الذي استأجره مشاهرة أو مسانهة بمنزلة من في عياله.

ولو قال: ادفع إلى فلان ألف درهم، لم يكن قضاء له وليس بخليط له ولا شريك له، فدفع لا شك أنه لا يرجع على الآمر في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - كما في المسألة الأولى.

إلا أن الفرق بين المسألتين على قولهما أن المسألة الأولى لا يكون للدافع استرداد ما دفع من القابض. وفي المسألة الثانية: له استرداد ما دفع من القابض؛ لأن في المسألة الأولى: الدفع حصل بطريق القضاء، والدفع متى حصل بطريق القضاء لا يكون للدافع ولاية الاسترداد، وفي المسألة الثانية: الدفع ما حصل بطريق القضاء؛ لأن الدفع حصل بحكم الأمر، والأمر تناول مجرد الدفع، والدفع قد يكون بحكم القضاء، فلا يكون للدافع حق الاسترداد وقد يكون بحكم الإيداع، والإيداع أدنى ما يحمل عليه فيكون له الاسترداد.

وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - فقد اختلف المشايخ فيه:

بعضهم قالوا: يرجع على الآمر.

وبعضهم قالوا: لا يرجع على الآمر.

وبعضهم قالوا: يرجع على القابض، ولا يرجع على الآمر. والله أعلم.

* * *

الفصل الثامن

فيما يجري بين رب الدين وورثة المديون

غريم الميت إذا وهب الدين للوارث صح؛ لأنه وهب لمن عليه معنى، ولو رد الوارث الهبة فقد قيل: عند أبي يوسف - رحمه الله -: ترتد. وعن محمد - رحمه الله -: لا ترتد.

وقيل: الخلاف فيما إذا وهب الدين للميت فرده الوارث، أما في هذه الصورة: يرتد بلا خلاف.

فإذا وهب غريم الميت الدين لورثته، فالهبة لهم كلهم. في أول وصايا المحيط.

وإذا مات من عليه الدين وسأل وارثه صاحب الدين أن يؤجله المال فأجله، لا يجوز هذا التأجيل. هكذا ذكر الخصاف - رحمه الله - في كتاب الحيل.

بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر الخصاف قول محمد - رحمه الله - أما على قول أبي يوسف - رحمه الله - ينبغي أن يصح التأجيل، وردوا هذه المسألة إلى مسألة مذكورة في كفالة الأصل صورتها: غريم الميت إذا أبرأ الميت عن الدين فرده وارثه على قول محمد - رحمه الله -: لا يصح رده؛ لأن الدين ليس عليه.

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: يصح رده؛ لأنه هو المطالب بالدين، فلما عمل رد الوارث عند أبي يوسف - رحمه الله - جعل كل الدين عليه، يجب أن يعمل تأجيل رب الدين عن الوارث، ويجعل كأن الدين على الوارث.

قالوا: والصحيح: أن ما ذكر الخصاف - رحمه الله - قول الكل؛ لأن الأجل ثبت صفة للدين، ولا دين على الوارث ولا يثبت الأجل في حقه، فبعد هذا إما أن يثبت الأجل للميت، أو يثبت الأجل في المال.

لا وجه إلى الأول؛ لأن الدين يسقط عن ذمة الميت بالموت، يوضحه أن الأجل الثابت لهذا الشخص يسقط بالموت، فكيف يثبت له الأجل ابتداء.

ولا وجه إلى الثاني؛ لأن المال عين، والأعيان لا تقبل التأجيل.

قال مولانا - رحمه الله -: عندي المسألة على الخلاف، والله أعلم.

الفصل التاسع
في القرض(١) والاستقراض

(١) القرض في اللغة: مصدر قَرَض الشيءَ يَقْرِضُهُ؛ إذا قَطَعَه. والقِرْض: اسم مصدر بمعنى الإقراض. يقال: قَرَضْتُ الشيء بالمقراض، والقَرْضُ: ما تعطيه الإنسان من مالك لتُقْضَاه، وكأنه شيء قد قطعته من مالك، ويقال: إن فلانًا وفلانًا يتقارضان الثناء، إذا أثنى كلٌّ واحد منهما على صاحبه، وكأن معنى هذا أن كل واحد منهما أقرض صاحبه ثناءً، كقرض المال.
واصطلاحًا: عند الحنفية: ما تعطيه من مثلي لتتقاضاه.
وعند المالكية: دفع المال على وجه القربة لله تعالى لينتفع به آخذه ثم يرد له مثله أو عينه.
وعند الشافعية: الإقراض تمليك الشيء على أن يرد بدله.
وعند الحنابلة: دَفْعُ مالٍ إرفاقًا لمن ينتفع به ويردّ بدله.
ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٦١)، وحاشية العدوي (٢/ ١٦١)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٢٠)، وكشاف القناع (٣/ ٣١٢).
والقرض: هو نقل ملكية محله من المقرض إلى المقترض، هل يتم بالعقد، أم يتوقف على القبض، أم لا يتحقق إلا بتصرف المقترض فيه أو استهلاكه..؟ على أربعة أقوال:
أحدها: للحنفية في القول المعتمد، والشافعية في الأصح والحنابلة: وهو أن المقترض إنما يملك المال المقرض بالقبض.
قال الشافعية: غير أن الملك في القرض غير تام لأنه يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ.
واستدلوا على ذلك:
أ- بأن مأخذ الاسم دليل عليه؛ لأن القرض في اللغة القطع، فدل على انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم.
ب- وبأن المستقرض بنفس القبض صار بسبيل من التصرف في القرض من غير إذن المقرض بيعا وهبة وصدقة وسائر التصرفات، وإذا تصرف فيه نفذ تصرفه، ولا يتوقف على إجازة القرض، وتلك أمارات الملك، إذ لو لم يملكه لما جاز له التصرف فيه.
ج- وبأن القرض عقد اجتمع فيه جانب المعاوضة وجانب التبرع، أما المعاوضة: فلأن المستقرض يجب عليه رد بدل مماثل عوضا عما استقرضه، وأما التبرع: فلأنه ينطوي على تبرع من المقرض للمستقرض بالانتفاع بالمال المقرض بسائر التصرفات، غير أن جانب التبرع في هذا العقد أرجح؛ لأن غايته وثمرته إنما هي بذل منافع المال المقرض للمقترض مجانا؛ لأنه لا يقابله عوض في الحال، ولا يملكه من لا يملك التبرع، ولهذا كان حكمه كباقي التبرعات من هبات وصدقات، فتنتقل الملكية فيه بالقبض لا بمجرد العقد، ولا بالتصرف، ولا بالاستهلاك.
والثاني: للمالكية، وهو أن المقترض يملك القرض ملكا تاما بالعقد وإن لم يقبضه، ويصير مالا من أمواله، ويقضى له به، وقد ذهب إلى هذا الشوكاني ورجحه، وحجته =

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع في بيان ما يجوز استقراضه وما لا يجوز:

قال محمد - رحمه الله -: فكل شيء يكال أو يوزن نحو الحنطة والشعير والسمسم والتمر والزبيب جاز استقراضه، والأصل فيه: أن ما كان من الأمثال يكون مضمونًا على الغاصب والمستهلك بالمثل جاز استقراضه؛ لأن المقبوض بحكم القرض مضمون بالمثل من غير احتمال الزيادة والنقصان، فما يكون من ذوات الأمثال نحو المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة يمكن اعتبار المماثلة المشروطة في القرض فيه، فيجوز استقراضه، وما لا يكون من ذوات الأمثال نحو الحيوان واللآلئ والجواهر والأكارع والرؤوس لا يجوز استقراضه؛ لأن طريق معرفة

= أن التراضي هو المناط في نقل ملكية الأموال من بعض العباد إلى بعض.

والثالث: للشافعية في القول المقابل للأصح، وهو أن المقترض إنما يملك المال المقرض بالتصرف، فإذا تصرف فيه تبين ثبوت ملكه قبله، والمراد بالتصرف: كل عمل يزيل الملك، كالبيع والهبة والإعتاق والإتلاف ونحو ذلك قالوا: لأنه ليس بتبرع محض، إذ يجب فيه البدل، وليس على حقائق المعاوضات، فوجب أن يكون تملكه بعد استقرار بدله.

والرابع: لأبي يوسف، وهو أن القرض لا يملك بالقبض ما لم يستهلك، وحجته أن الإقراض إعارة، بدليل أنه لا يلزم فيه الأجل، إذ لو كان معاوضة للزم فيه، كما في سائر المعاوضات؛ ولأنه لا يملكه الأب والوصي والعبد المأذون والمكاتب، وهؤلاء يملكون المعاوضات، فثبت بذلك أن الإقراض إعارة، فتبقى العين على حكم ملك المقرض قبل أن يستهلكها المقترض. ومن حيث موجبه: ذهب الفقهاء إلى أن المقترض تنشغل ذمته ببذل القرض للمقرض بمجرد تملكه لمحل القرض، ويصير ملتزما برد البدل إليه أما صفة البدل، ومكان رده، وزمانه.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ١٧٣)، وبدائع الصنائع (٧/ ٣٩٦)، والأشباه والنظائر، لابن نجيم (٢/ ٢٠٤)، وكفاية الطالب الرباني وحاشية العدوي عليه (٢/ ١٥٠)، والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه (٣/ ٢٢٦)، وحاشية الخرشي (٥/ ٢٣٢)، والبهجة شرح التحفة (٢/ ٢٨٨)، وأسنى المطالب (٢/ ١٤٣)، وروضة الطالبين (٤/ ٣٥)، والمهذب (١/ ٣١٠)، ونهاية المحتاج (٤/ ٢٢٦)، وتحفة المحتاج (٥/ ٤٨)، وفتح العزيز (٩/ ٣٩١، ٣٩٢)، ومغني المحتاج (٢/ ١٢٠)، والأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (٣٢٠)، وكشاف القناع (٣/ ٣٠١)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٢٥)، والمبدع (٤/ ٢٠٦).

القيمة الحرز وبه لا تثبت المماثلة المعتبرة في القرض، وهي المماثلة من غير زيادة ولا نقصان كما لا يثبت به المماثلة المشروطة في الأموال الربوية، وكذا استقراض الثياب لا يجوز؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال حقيقة، وإنما صارت من ذوات الأمثال شرعا في باب السلم حتى جاز السلم فيها بشرط مخصوص وهو الأجل، والأجل لا يثبت في القرض، فلم يكن من ذوات الأمثال ههنا لا حقيقة ولا شرعًا.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: لا يجوز إقراض الخبز واستقراضه وزنا وعددًا.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - في رواية مثل قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

وعن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لا بأس به وزنًا.

وقال ابن أبي مالك: سألت أبا يوسف - رحمه الله - عن استقراض الخبز مرة، قال: لا بأس به. قال: وعليه أفعال الناس جارية. قال ابن أبي مالك: وهذا قوله المعروف.

وذكر في بعض المواقع أن على قول محمد - رحمه الله - يجوز عددا ولا يجوز وزنًا.

وفي المنتقى: عن محمد - رحمه الله -: أنه جوز قرض الخبز بالعدد.

قال: وبلغنا ذلك عن إبراهيم النخعي - رحمه الله -.

وقال محمد - رحمه الله -: الوزن في قرض الخبز من الدنانير، والوزن أحب.

ويجوز استقراض الجوز كيلاً؛ لأنه يكال مرة ويعد أخرى، ولهذا جاز السلم فيه كيلا، ويجوز استقراض الكاغدة عددا؛ لأنه عددي متقارب.

وفي نوادر هشام عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: لا خير في قرض الحنطة والدقيق بالوزن وكذلك التمر وإن كان حيث يوزن.

قال هشام - رحمه الله -: قلت لمحمد: التمر عندنا بالري يباع وزنا، فما تقول فيمن أقرضه بالوزن؟ قال: لا يصلح ذلك؛ لأن أصله كيلي.

وعن محمد - رحمه الله - أيضًا قال: إنه لا يجوز الحنطة أن تقرض وزنا، فإذا أخذه وأكله قبل مكياله فالقول قول المستقرض أنه كذا كذا قفيز.

وعن إبراهيم عن محمد - رحمه الله - في رجل أقرض رجلاً عشرة أرطال لحم الغنم، قال: غير جائز، وإنه مشكل؛ لأن اللحم من ذوات القيم على مذهبه، حتى إن من أتلف على إنسان لحما غرم قيمته. ذكر في بيوع الجامع.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي - رحمه الله - في شرح الجامع: أن اللحم من ذوات الأمثال.

قال: وتأويل ما ذكر محمد - رحمه الله -: أنه يضمن بالقيمة أنه قال ذلك في موضع لا يوجد له مثل، فعلى ما ذكر هو - رحمه الله - يرتفع الإشكال.

وذكر بعض مشايخنا في شرح الجامع الصغير: أن اللحم من ذوات الأمثال يضمن بالمثل في ضمان العدوانات ويجري فيه الربا.

وإليه أشار الطحاوي - رحمه الله - في كتابه حيث قال: ما كان موزونًا فهو مثلي. ذكر صاحب الإيضاح أنه مضمون بالمثلي.

وفي غصب المنتقى عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: أنه مضمون بالقيمة.

وبعض مشايخنا قالوا: إن استقراض اللحم على الخلاف كالسلم.

وإذا اشترى شيئًا بلحم في الذمة، ذكر في الإجارات: أن اللحم يصلح أجرة، قولهما لا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

وقيل: هو قول الكل.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا كانت الدراهم ثلثها فضة وثلثها صفر فاستقرض رجل منها عددا وهي جارية بين الناس عددا بغير وزن، فلا بأس به، وإن لم يجر بين الناس إلا وزنا لم يجز استقراضها إلا وزنا؛ لأن الصفر متى كان غالبًا كانت العبرة للصفر؛ لكونه غالبًا وتكون الفضة ساقطة الاعتبار لكونها معلومة، وكون الصفر موزونًا ما ثبت بالنص، وما لم يثبت كيله ووزنه بالنص، والعبرة في

ذلك لتعامل الناس، فمتى تعاملوا موزونا فلا يجوز استقراضه إلا وزنًا كالذهب والفضة، ومتى تعاملوا بنفسه عددا فلا يجوز استقراضه إلا عددا؛ فقد أسقط محمد - رحمه الله - اعتبار الفضة في القرض متى كانت معلومة، ولم يسقط في جواز البيع حتى قال: لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا على سبيل الاعتبار.

وإنما كان كذلك؛ لأن القرض أسرع جوازا من البيع؛ لأنه مبادلة صورة بيع حكمًا؛ لأن رد المثل في القرض قائم مقام رد العين حكمًا، ولهذا جاز استقراض الفضة، ولو كان صرفًا كان صرفًا بنسيئة وذلك لا يجوز فعلم أنه متبرع حكما، والربا إنما يتحقق في البيع لا في التبرع، فاعتبر الفضة المعلومة في البيع دون القرض لضيق حال البيع وسعة حال التبرع ولتظهر مزية البيع على القرض.

فإن كانت الدراهم ثلثاها فضة وثلثها صفر، لا يجوز استقراضها إلا وزنًا، وإن تعامل الناس التبايع بها عددًا؛ لأن الفضة إذا كانت غالبة بمنزلة ما لو كان الكل فضة لكنها زيف، ولو كان كذلك لا يجوز استقراضها إلا وزنًا، وإن تعامل الناس التبايع بها عددا كذلك ههنا.

وإن كان الدراهم نصفها فضة ونصفها صفرا لم يجز استقراضها إلا وزنا على كل حال؛ لأنه لم يسقط اعتبار واحد منهما؛ لأن إسقاط اعتبار واحد منهما إنما يكون حال كونه معلوما ولم يوجد، فوجب اعتبارهما[1] لم يجز الاستقراض في حق الفضة إلا وزنا، وإذا تركوا ذلك بطل الاستقراض في الفضة فبطل في الصفر ضرورة.

* * *

(١) في أ: اعتبارها.

نوع آخر: في بيان ما يكره من القراض وما لا يكره:

ذكر[١] محمد - رحمه الله - في كتاب الصرف عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: أنه كان يكره كل قرض جر منفعة.

قال الكرخي - رحمه الله -: هذا إذا كانت المنفعة مشروطة في العقد وذلك بأن أقرضه غلة ليرد عليه صحاحًا أو ما أشبه ذلك، وإن لم يكن مشروطا فأعطاه المستقرض أجود مما عليه، فلا بأس به[٢].

---

(١) في ج: ذكره.

(٢) اختلف الفقهاء في بدل القرض الذي يلزم المقترض أداؤه على ثلاثة أقوال:

أحدها: للمالكية، والشافعية في الأصح، وهو أن المقترض مخير في أن يرد مثل الذي اقترضه إذا كان مثليا؛ لأنه أقرب إلى حقه، وبين أن يرده بعينه إذا لم يتغير بزيادة أو نقصان، وهو قول أبي يوسف من الحنفية. أما إذا كان قيميا، فله أن يرده بعينه ما دامت العين على حالها لم تتغير، أو بمثله صورة، لما صح عن النبي ﷺ أنه «استسلف بكرا ورد رباعيا»، وقال: «إن خيار الناس أحسنهم قضاء»، ولأن ما ثبت في الذمة بعقد السلم ثبت بعقد القرض قياسا على ما له مثل. قال الهيتمي: ومن لازم اعتبار المثل الصوري اعتبار ما فيه من المعاني التي تزيد بها القيمة، فيرد ما يجمع تلك الصفات كلها، حتى لا يفوت عليه شيء.

والثاني: وهو قول أبي حنيفة، ومحمد، وهو أن المقترض بمجرد تملكه للعين المقترضة، فإنه يثبت في ذمته مثلها لا عينها ولو كانت قائمة، حتى لو أراد المقرض أن يأخذ محل القرض بعينه من المستقرض فليس له ذلك، وللمستقرض أن يعطيه غيره، وأنه لو استقرض شيئًا من المكيلات أو الموزونات أو المسكوكات من الذهب أو الفضة، فرخصت أسعارها أو غلت فعليه مثلها، ولا عبرة برخصها وغلائها، وأنه إذا تعذر على المقترض رد مثل ما اقترضه بأن استهلكها ثم انقطعت عن أيدي الناس، فعند أبي حنيفة يجبر المقرض على الانتظار إلى أن يوجد مثلها، ولا يصار إلى القيمة إلا إذا تراضيا عليها. وذهب الصاحبان إلى أنه يصار إلى القيمة؛ لأن مبنى قول الحنفية بوجوب المثل مطلقا دون القيمة هو عدم صحة القرض عندهم إلا في المثليات.

والثالث: للحنابلة، حيث فرقوا بين ما إذا كان محل القرض مثليًا مكيلا أو موزونا، وبين ما إذا كان قيميا لا ينضبط بالصفة كالجواهر ونحوها، وبين ما إذا كان سوى ذلك، وقالوا:

أ- إن كان محل القرض مثليًا من المكيلات أو الموزونات، فيلزم المقترض مثله، ولو أراد رده بعينه فيجبر المقرض على قبوله ما لم تتغير عينه بعيب أو نقصان أو نحو ذلك، سواء تغير سعره أو لا، لأنه رده على صفة حقه، فلزم قبوله كالسلم، ولو تغير حالها بنحو ما ذكرنا، فإنه لا يلزمه قبول المردود لما فيه من الضرر عليه؛ لأنه دون حقه، ويجب على المقترض أداء مثله. وفي الحالين إذا رد المقترض المثل وجب على المقرض قبوله، =

....

= سواء رخص سعره أو غلا أو بقي على حاله، وذلك لأن المثل يضمن في الغصب والإتلاف بمثله، فكذا هاهنا، فإن أعوز المثل - أي: تعذر - فعليه قيمته يوم إعوازه؛ لأنه يوم ثبوت القيمة في الذمة.

ب- وإن كان محل القرض غير مكيل ولا موزون، فيجب رد قيمته يوم القبض إن كان مما لا ينضبط بالصفة، كالجواهر ونحوها قولا واحدا؛ لأن قيمتها تتغير بالزمن اليسير باعتبار قلة الراغب وكثرته. أما ما ينضبط بالصفة كالمذروع والمعدود والحيوان، فيجب رد قيمته يوم القرض لأنها تثبت في ذمته، وهو المذهب. وفي وجه آخر يجب رد المثل صورة؛ لأن النبي ﷺ: «استسلف من رجل بكرا فرد مثله».

ومذاهب الفقهاء في صفة بدل القرض، إنما هو من حيث المثل أو القيمة لمحل القرض، أما من حيث الجودة والرداءة في الوصف، أو الزيادة والنقصان في القدر، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وابن حبيب من المالكية، وغيرهم إلى أن المقترض لو قضى دائنه ببدل خير منه في القدر أو الصفة، أو دونه، برضاهما جاز ما دام أن ذلك جرى من غير شرط أو مواطأة، وذلك لما صح عن النبي ﷺ «أنه استسلف بكرا، فرد خيرا منه»، وقال: «إن خياركم أحسنكم قضاء»؛ ولأنه لم تجعل تلك الزيادة عوضا في القرض، ولا وسيلة إليه، ولا إلى استيفاء حقه، فحلت كما لو لم يكن قرض، بل إن الحنفية والشافعية نصوا على أنه يستحب في حق المقترض أن يرد أجود مما أخذ بغير شرط، وأنه لا يكره للمقرض أخذه. وذهب مالك إلى التفصيل في المسألة، فكره أن يزيد المقترض في الكم والعدد إلا في اليسير جدا، وقال: إنما الإحسان في القضاء أن يعطيه أجود عينًا وأرفع صفة، وأما أن يزيده في الكيل أو الوزن أو العدد فلا، وهذا كله إذا كان من غير شرط حين السلف. وروي عن أحمد المنع من الزيادة والفضل في القرض مطلقا، وعن أبي بن كعب، وابن عباس، وابن عمر - رضي الله عنهم - أن المقرض يأخذ مثل قرضه، ولا يأخذ فضلا؛ لئلا يكون قرضا جر منفعة. ونص الحنفية على أن المدين إذا قضى الدين أجود مما عليه، فلا يجبر رب الدين على القبول، كما لو دفع إليه أنقص مما عليه، وإن قبل جاز، كما لو أعطاه خلاف الجنس. قال في الفتاوى الهندية: وهو الصحيح.

ينظر: الفتاوى الهندية (٣/ ٢٠٧)، حاشية ابن عابدين (٤/ ١٧٢، ١٧٣)، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية (١/ ٢٧٩)، وبدائع الصنائع (٧/ ٣٩٥)، والكافي لابن عبد البر، ص (٣٥٨)، والخرشي وحاشية العدوي عليه (٥/ ٢٣٢)، والقوانين الفقهية، ص (٢٩٣، ٢٩٤)، أسنى المطالب (٢/ ١٤٣، ١٤٤)، وتحفة المحتاج (٥/ ٤٤)، وروضة الطالبين (٤/ ٣٥، ٣٧)، نهاية المحتاج (٤/ ٢٢٤)، والمهذب (١/ ٣١١)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٢٦)، وكشاف القناع (٣/ ٣٠١، ٣٠٢)، والمبدع (٤/ ٢٠٧، ٢٠٨)، والمغني (٦/ ٤٣١، ٤٣٢)، والإنصاف (٥/ ١٢٩).

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الأصل في القرض وجوب رد بدله في نفس البلد التي وقع فيها، وأن للمقرض المطالبة به فيها، ويلزم المقترض الوفاء به حيث قبضه، إذ هو المكان =

. . . .

= الذي يجب التسليم فيه.

قال الشوكاني: ووجهه أن المقرض محسن وما على المحسنين من سبيل، فلو كان عليه أن يتجشم مشقة لرد قرضه لكان ذلك منافيا لإحسانه. لكن لو بذله المقترض في مكان آخر، أو طالبه المقرض به في بلد أخرى، فإن كان مما لا حمل له ولا مؤنة كالدراهم والدنانير، فقد اتفق الفقهاء على أنه يلزم مقرضها أخذها بغير محل القرض، إذ لا كلفة في حملها ولا ضرر عليه. وأما ما له حمل ومؤنة كالمكيل والموزون. فقد اتفق الفقهاء على أن المقرض لا يلزم أخذه بغير محله، لما فيه من زيادة الكلفة، إلا إن رضي المقرض بأخذه جاز، والحكم كذلك عند الشافعية والحنابلة إذا كان المكان مخوفا. ولو التقى المقرض والمقترض في غير بلد القرض، وقيمة محل القرض في البلدتين مختلفة، فطلب المقرض أخذه منه، فذهب الشافعية، والحنابلة، ورواية عند الحنفية إلى أنه يلزم المقترض أداؤها، وتعتبر قيمة بلد القرض؛ لأنه محل التملك. وقال أبو يوسف: تكون القيمة يوم القرض. وقال محمد: يوم الخصومة.

والرواية الثانية عند الحنفية: يستوثق للمقرض من المطلوب بكفيل حتى يوفيه مثله حيث أقرضه. وقال ابن عبد البر من المالكية: لو لقي المقرض المقترض في غير البلد الذي أقرضه فيه فطالبه بالقضاء فيه لم يلزمه ذلك، ولزم أن يوكل من يقبضه منه في ذلك البلد الذي اقترضه فيه، ولو اصطلحا على القضاء في البلد الآخر كان ذلك جائزا إن كان بعد حلول الأجل، وإن كان قبل حلوله لم يلزم.

ينظر: رد المحتار (٤/ ١٧٤)، والفتاوى الهندية (٣/ ٢٠٤)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ١٧٢، ١٧٣)، والكافي، لابن عبد البر، ص (٣٥٨)، وشرح الخرشي (٥/ ٢٣٢)، والتاج والإكليل (٤/ ٥٤٨)، وروضة الطالبين (٤/ ٣٦)، والبهجة شرح التحفة (٢/ ٢٨٨)، وأسنى المطالب (٢/ ١٤٣)، ونهاية المحتاج (٤/ ٢٢٤ وما بعدها، وتحفة المحتاج (٥/ ٤٦)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٢٨)، وكشاف القناع (٣/ ٣٠٦)، والاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية، ص (١٣٢).

اختلف الفقهاء في وقت رد البدل في القرض على قولين:

أحدهما: للحنفية، والشافعية، والحنابلة، وهو أن بدل القرض يثبت حالا في ذمة المقترض، وعلى ذلك فللمقترض مطالبته به في الحال مطلقا، كسائر الديون الحالة؛ ولأن القرض سبب يوجب رد المثل في المثليات، فكان حالا، كالإتلاف، ويتفرع على هذا الأصل أنه لو أقرضه تفاريق، ثم طالبه بها جملة، فله ذلك؛ لأن الجميع حال، فأشبه ما لو باعه بيوعا متفرقة حالة الثمن، ثم طالبه بثمنها جملة.

والثاني: للمالكية، وهو قول لابن القيم، وهو أن البدل لا يثبت حالا في ذمة المقترض، وعلى ذلك قالوا: لو اقترض مطلقا - من غير اشتراط أجل - فلا يلزمه رد البدل لمقرضه إن أراد الرجوع فيه، ويجبر المقرض على إبقائه عنده إلى قدر ما يرى في العادة أنه انتفع به.

واختلف الفقهاء في صحة اشتراط الأجل ولزومه في القرض على قولين: =

....

= أحدهما: لجمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والأوزاعي، وابن المنذر، وغيرهم، وهو أنه لا يلزم تأجيل القرض، وإن اشترط في العقد، وللمقرض أن يسترده قبل حلول الأجل؛ لأن الآجال في القروض باطلة، قال الإمام أحمد بن حنبل: لكن ينبغي للمقرض أن يفي بوعده. واستثنى الحنفية من أصلهم بعدم لزوم الأجل في القرض أربع مسائل: إذا كان مجحودا بأن صالح المقرض المقترض الجاحد للقرض على مبلغ إلى أجل فيلزم الأجل، أو حكم مالكي بلزومه بعد ثبوت أصل الدين عنده، أو أحاله على آخر فأجله المقرض، أو أحاله على مديون مؤجل دينه؛ لأن الحوالة مبرئة، والرابعة الوصية، بأن أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلانا إلى سنة. وقد استدل الحنابلة على عدم لزوم اشتراط الأجل في القرض بأنه عقد منع فيه التفاضل، فمنع فيه الأجل كالصرف، إذ الحال لا يتأجل بالتأجيل، وبأنه وعد، والوفاء بالوعد غير لازم. واحتج الحنفية على عدم صحة تأجيله بأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الإعارة، ولا يملكه من لا يملك التبرع، كالوصي والصبي، ومعاوضة في الانتهاء، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه، كما في الإعارة، إذ لا جبر في التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح، لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة، وهو ربا. ومع اتفاق هؤلاء الفقهاء على أن شرط الأجل في القرض فاسد غير ملزم للمقرض، فقد اختلفوا في عقد القرض هل يفسد بفساد الشرط أم لا؟

فقال الحنفية، والحنابلة: القرض صحيح، والأجل باطل.

وقال الشافعية: إذا شرط في القرض أجل نظر: فإن لم يكن للمقرض غرض في التأجيل - أي: منفعة له - لغا الشرط، ولا يفسد العقد في الأصح؛ لأنه زاد في الإرفاق بجره المنفعة للمقترض فيه، ويندب له الوفاء بشرطه.

أما إذا كان للمقرض فيه غرض، بأن كان زمن نهب، والمستقرض مليء، فوجهان:

أصحهما: أنه يفسد القرض؛ لأن فيه جر منفعة للمقرض.

والثاني: للمالكية، والليث بن سعد، وابن تيمية، وابن القيم، وهو صحة التأجيل بالشرط، فإذا اشترط الأجل في القرض، فلا يلزم المقترض رد البدل قبل حلول الأجل المعين، واستدلوا على ذلك بقول النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم».

ثم فرع المالكية على قولهم هذا: أنه لو رغب المقترض تعجيله لربه قبل أجله لزم المقرض قبوله؛ لأن الحق في الأجل للمقترض، فإذا أسقط حقه لزم المقرض قبوله، وأجبر على ذلك، عينًا كان البدل أو عرضا، أو كان نفس المال المقترض.

ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٣٩٦)، والفتاوى الهندية (٣/ ٢٠٢)، والنتف في الفتاوى، للسغدي (١/ ٤٩٣)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ١٧٠)، والزرقاني على خليل (٥/ ٢٢٩)، وحاشية الخرشي (٥/ ٢٣٢)، والتاج والإكليل (٤/ ٥٤٨)، وميارة على التحفة (٢/ ١٩٦)، وكفاية الطالب الرباني وحاشية العدوي عليه (٢/ ١٥٣)، والبهجة شرح التحفة (٢/ ٢٨٨)، والكافي، لابن عبد البر، ص (٣٥٨)، وفتح العزيز (٩/ ٣٥٧)، وروضة الطالبين (٤/ ٣٤)، ونهاية المحتاج (٤/ ٢٢٦)، وأسنى المطالب (٢/ ١٤٢)، وكشاف =

وكذلك إذا أقرض الرجل رجلاً دراهم أو دنانير ليشتري المستقرض من المقرض متاعًا بثمن غال هو مكروه، وإن لم يكن شراء المتاع مشروطًا في القرض، ولكن المستقرض اشترى من المقرض بعد القرض متاعا بثمن غال.

فعلى قول الكرخي - رحمه الله -: لا بأس به.

وذكر الخصاف - رحمه الله - في كتابه وقال: ما أحب له ذلك.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رضي الله عنه -: أنه حرام؛ لأن هذا قرض جر منفعة؛ لأنه يقول: لو لم يكن أشتريه منه طالبني بالقرض في الحال.

وذكر محمد - رحمه الله - أن الخصاف لم يذكر الكراهة إنما قال: لا أحب له، فهو قريب من الكراهة ولكنه دون الكراهة.

ومحمد - رحمه الله - لم ير بذلك بأسًا، فإنه قال في كتاب الصرف: المستقرض إذا أهدى للمقرض شيئًا، لا بأس به من غير فصل. هذا دليل على أنه رفض قول السلف.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله -: ما نقل عن السلف فذلك محمول على ما إذا كانت المنفعة وهو شراء المتاع في مسألتنا بثمن غال مشروطه في الاستقراض وذلك مكروه بلا خلاف، وما ذكر محمد - رحمه الله - محمول على ما إذا لم تكن المنفعة وهي الإهداء مشروطة في القرض، وذلك لا يكره بلا خلاف.

هذا إذا تقدم الإقراض على البيع، فأما إذا تقدم البيع على الإقراض وصورة ذلك: رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوبًا قيمته عشرون دينارًا بأربعين دينارًا، ثم أقرضه ستين دينارًا أخرى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار وحصل للمستقرض ثمانون دينارًا.

ذكر الخصاف - رحمه الله -: أن هذا جائز.

= القناع (٣/ ٣٠١)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٢٥)، والمغني (٦/ ٤٣١)، والمبدع (٤/ ٢٠٦)، إعلام الموقعين (٣/ ٣٧٥).

وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ، فإنه روي أنه: كان له سلع، وكان إذا استقرض إنسانًا منه شيئا كان يبيعه أولًا سلعة بثمن غال ثم نقد منه بعض الدنانير إلى تمام حاجته.

وكثير من مشايخ بلخ كانوا يكرهون ذلك، وكانوا يقولون: هذا قرض جر منفعة [فإنه لولا ذلك القرض كان لا يتحمل المستقرض غلاء ثمن الثوب وكان قرضًا جر منفعة](١).

ومن المشايخ من قال: إن كانا في مجلس واحد كره، وإن كانا في مجلسين مختلفين لا بأس به؛ لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة فكأنهما وجدا معًا، فكانت المنفعة مشروطة في القرض.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - يفتي بقول الخصاف، وبقول محمد بن سلمة ويقول: هذا ليس بقرض جر منفعة، هذا بيع جر منفعة وهو القرض، والله أعلم.

* * *

(١) سقط في أ.

نوع آخر: في هدية المستقرض ودعوته:

إذا كانت الهدية مشروطة في الاستقراض فهو حرام، ولا ينبغي للمقرض أن يقبل، وإذا لم يقبل[1] لم تكن الهدية مشروطة في الإقراض ولم يعلم أنه أهدى لأجل الدين أو لا.

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله -: أنه لا بأس بقبولها، والتورع عنه أولى.

وهذا حكي عن بعض المشايخ بعد هذا إن كانت المهاداة جرى بينهما قبل القرض بسبب القرابة أو الصدقة، أو كان المستقرض معروفًا بالجود والسخاء، فهذا قائم مقام العلم أنه أعطاه لا لأجل الدين، ولا يتورع عنه حتى يتبين أنه أهدى لأجل[2] الدين.

ومن قال بالكراهة في مسألة البيع إذا تقدم القرض على البيع يقول: الكراهة في مسألة البيع ههنا أيضًا.

وعن محمد: أنه لم ير به بأسًا من غير تفصيل.

جئنا إلى دعوى المستقرض فنقول:

قال محمد - رحمه الله -: ولا بأس بأن يجيب دعواه.

رجل له على رجل دين. . . قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: هذا جواب الحكم فأما الأفضل أن يتورع عن الإجابة إذا علم أنه لأجل الدين أو أشكل عليه الحال.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: هذا إذا كان يدعوه قبل الإقراض، أما إذا كان لا يدعوه قبل الإقراض في كل عشرين يوما، وبعد الإقراض جعل يدعوه في كل عشرة أو زاد في الباجات فإنه لا يحل ويكون خبيثًا. والله أعلم.

* * *

(١) زاد في أ: وإذا.
(٢) زادفي م: لا.

نوع آخر: في الرجحان في بدل القرض:

وإذا أرجح في بدل القرض، لو[١] لم يكن الرجحان مشروطا في القرض، لا بأس به.

روي أن رسول الله ﷺ: «استقرض من رجل درهمًا فقضاه فأرجح وقال: إنا كذلك نزن»[٢].

قال مشايخنا - رحمهم الله -: والرجحان على ضربين: إن كان يدخل تحت الوزنين فلا بأس به، وإن كان يدخل تحت الوزنين فهو على ثلاثة أقسام:

إن كانت الدراهم مكسرة.

أو كانت صحاحًا لا يضرها الكسر.

أو كانت صحاحًا يضرها الكسر.

ففي الوجه الأول والثاني: لا يجوز؛ لأنه تعذر اعتبارها زيادة على بدل القرض؛ لأنه يكون ربا، وتعذر اعتبارها هبة؛ لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة.

وفي الوجه الثالث: إن كان الرجحان زيادة، لا يجوز.

وإن كان الرجحان لا يمكن تمييزها إلا بالكسر يجوز بطريق الهبة، فيكون هذا هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة. والله أعلم.

* * *

(١) في ج: و.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨/ ٦٨)، برقم (١٤٣٤٣).

نوع آخر: في تعيين المستقرض وانقطاعه:

وإذا استقرض فلوسًا فكسدت، فإنه على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: ترد عينها إن كانت قائمة، ومثلها إن كانت مستهلكة.

وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - ومحمد أيضًا: فقد ذكر بعض مشايخنا في شرح كتاب الصرف: أن المشايخ اختلفوا فيه على قولهما.

قال بعضهم: ترد عينها إن كانت قائمة، وإن كانت هالكة فعليه قيمتها.

وقال بعضهم: عليه قيمتها على كل حال. وفي المنتقى: ما يدل على هذا القول؛ فقد ذكر ثمة: إذا استقرض فلوسا فسقطت فعليه مثلها في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال محمد - رحمه الله -: عليه قيمتها في آخر ما فسدت بساعة قليلة قبل أن تكسد.

والحاصل: أن من مذهب محمد - رحمه الله -: أنه يعتبر قيمتها في آخر يوم كانت رائجة ويجب على المستقرض والغاصب ذلك.

وقال يعقوب: عليه قيمتها يوم استقرض، فقد ذكر القيمة ولم يفصل فيما إذا كانت قائمة رد عينها بالإجماع، وإن كانت هالكة فعلى الاختلاف الذي ذكرنا.

وهذه المسألة الحاصل أنها فرع لمسألة أخرى في كتاب الغصب: أن من غصب من آخر رطبا وهلك عنده واستهلك ثم انقطع أوان الرطب.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: عليه قيمته من الفضة يوم الانقطاع.

ووجه كونها على تلك المسألة: أن الواجب على المستقرض رد مثل ما قبض، وعلى الغاصب كذلك، وقد حصل قبض الفلوس وهي رائجة فيجب رد مثلها من ذلك الضرب رائجة وقد عجز عن تسليم رائجة بالكساد، وكما أن غاصب الرطب عجز عن تسليم الرطب، ومستقرض الفلوس عجز عن رد الصفة وهو كونها رائجة، وإذا صارت هذه بناء على تلك المسألة، لو أوجبنا القيمة على أبي حنيفة

- رضي الله عنه- وجب اعتبار القيمة يوم الخصومة ههنا، كما أوجب اعتبار القسمة ثمة.

قلنا: وإيجاب قيمتها من الفضة يوم الخصومة لا يفيد؛ لأن قيمتها كاسدة وعينها سواء، بل إيجاب العين كاسدة أعدل من قيمتها فأوجبنا المثل على قوله ولم نوجب القيمة لهذا.

وعلى قولهما: لما أوجبنا اعتبار قيمتها رائجة إما يوم الاستقراض وإما في آخر يوم كانت رائجة كان إيجاب القيمة من الفضة.

وعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -: الفلوس وإنما كان بالاستبدال به جائز بعد أن يكون الافتراق عن عين بدين.

والجواب في العدل على ما ذكرنا من غير تفاوت.

وحكي عن جماعة كثير: أنهم كانوا يفتون بقول محمد - رحمه الله - للناس.

وهكذا كان يفتي الصدر الشهيد برهان الأئمة - رحمه الله.

ثم اختلف المشايخ في استقراض الفلوس على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - لم يجوزوه على قوله.

وبعضهم جوزه. والله أعلم.



نوع آخر: في المستقرض أخذه المقرض في بلدة أخرى:

في نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: إذا أخذ المقرض المستقرض في بلدة أخرى، فإن شاء أخذه حتى يؤديه في الموضع الذي استقرضه، وإن شاء أخذه بقيمة ذلك الموضع ههنا، وإن أبى المستقرض أن يعطيه القيمة أجبر عليه.

قال إبراهيم عن محمد - رحمه الله -: رجل استقرض من أخر طعامًا بالعراق فأخذه المقرض بمكة.

قال أبو يوسف - رحمه الله: عليه قيمته يوم قرضه.

وقال محمد - رحمه الله -: عليه قيمته بالعراق، ثم اختصما وليس عليه أن يرجع معه إلى العراق ويأخذ طعامه.

وذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه: فإذا استقرض دراهم بخارية والتقيا في بلدة لا يقدر على البخارية، فإن كان ينفق في ذلك البلد، فإن شاء صاحب الحق أجله قدر المسافة ذاهبا وجائيًا فاستوثق منه، وإن كان بلده لا ينفق وجبت القيمة.

بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله -: رجل أقرض رجلًا طعامًا أو غصبه إياه وله حمل ومؤنة، والتقيا في بلدة أخرى الطعام فيه أغلى أو أرخص، فإن أبا حنيفة قال: يستوثق له من المطلوب حتى يوفيه طعامه حيث غصب أو حيث أقرضه.

قال أبو يوسف - رحمه الله -: إن تراضيا على هذا فحسن، [وإن هما](1) طلب القيمة أجبرت الآخر عليه وهي القيمة في البلد الذي غصب أو(2) استقرض على حال يوم القبض والقول في ذلك قول المطلوب، وإن كان الغصب قائما بعينه في يده أجبرته على أخذه ولا أجبره على القيمة.

وفي بيوع الأمالي: رجل استقرض من آخر شيئا من الكيلي أو الوزني فانقطع في أيدي الناس. قال: يجبر المقرض على التأخير حتى يدرك الحديث.

---

(١) في ج: وإنهما.
(٢) زاد في ج: به.

عند أبي حنيفة - رحمه الله -: أن الحق لا ينقطع عن العين بهلاك العين على ما عرف في موضعه، فإذا بقي الحق في العين لوجود العين عليه معلومة يجبر على التأخير إلى وقت الإدراك ليصل إليه عين حقه. أكثر ما في التأخير ضرب ضرر للمقرض؛ لأن في أخذ [فوق][١] عين الحق ضرر المستقرض، وهذا الضرر فوق ضرر التأخير، فكان أولى بالرفع.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رضي الله عنهما -: في رجل استقرض من أخر شيئا من الفواكه كيلا أو وزنا فلم يقبضه المقرض حتى انقطع، فهذا لا يشبه الفلوس إذا كسدت؛ لأن هذا مما يوجد فيجبر صاحبه على تأخيره إلا أن يجيء إلا أن يتراضيا على قيمته.

وهذا الوجه: مثل رجل استقرض من رجل طعامًا من بلد، الطعام فيه رخيص، فالتقيا في بلد الطعام فيه غال، فأخذه الطالب في حقه، فليس له أن يحبسه، ويؤمر المطلوب بأن يوثق له حتى يعطيه إياه في البلد الذي استقرضه. والله أعلم.

❊ ❊ ❊

(١) سقط في ج.

نوع آخر: في الشرط في القرض:

إذا قال لغيره: أقرضني عشرة دراهم على أن أعطيك مكانها دينارا، ففعل فعليه عشرة دراهم مثل الدراهم التي قبضها، وإنما كان كذلك؛ لأنه شرط في القرض ما لا يقتضيه القرض؛ لأنه شرط أن يكون القرض مضمونًا بغيره لا بمثله، والقرض يوجب ضمان المثل فهو معنى اشترط في القرض ما لا يقتضيه القرض، إلا أن القرض لا يبطل بهذا الشرط الفاسد؛ لأنه تبرع، والتبرع لا يبطل بالشرط، فيصح القرض ويبطل الشرط، والقرض متى صح يوجب المثل.

وإذا أقرض بالكوفة بشرط أنه يوفيه بالبصرة، فهذا فاسد لا يجوز له؛ لأنه قرض جر منفعة؛ لأن المستقرض يكفيه خطر الطريق إن لم يكن له حمل ومؤنة، وإن كان له حمل ومؤنة يكفيه خطر الطريق[1].

وعلى هذا السفاتج التي يتعامل بها التجار، فإنهم يقرضون فيما بينهم ويكتب المستقرض للمقرض سفتجة إلى مكان، فإن كان ذلك شرطا في القرض فهو مكروه؛ لأنه قرض جر منفعة فإنه يسقط عن المستقرض مؤنة الحمل أو خطر الطريق، وإن لم يكن مشروطًا في القرض، فلا بأس به، ولا يجوز الأجل في القرض، ولو فعل ذلك كان حالًّا سواء أجل بعد القرض أو أقرض مؤجلاً، وهذا قول علمائنا - رحمهم الله -.

وقال مالك وابن أبي ليلى: يصح التأجيل.

وأجمعوا على أن التأجيل فيما عدا القرض من قيم المتلفات، وضمان المستهلكات وثمن البياعات صحيح.

وإنما لم يصح التأجيل في القرض عندنا؛ لأن القرض في معنى العارية؛ لأن ما يسترده المقرض في الحكم كأنه عين ما دفع، إذا لم يجعل كذلك كان هذا مبادلة المستقرض بجنسه نسيئة، وإنه حرام.

---

(١) هكذا في المخطوط.

وإذا ثبت أن القرض في معنى العارية فنقول: العارية شرعت غير لازمة حقًا للشرع، ولو صح التأجيل لصارت لازمة إلى مضي الأجل، فيكون فيه تغيير حكم الشرع، وإنه لا يجوز.

وعارية الدراهم والدنانير قرض، وكذلك كل ما أجزنا فيه القرض من الكيل والوزن والعددي المتفاوت فإعارتها قرض؛ لأنه تعذر العمل فيه بحقيقة الإعارة؛ لأن الإعارة لتمليك منفعة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فتجعل مجازا عن القرض، وأمكن ذلك المعير تسليط المستعير على الانتفاع بالمستعار على أن يرده عليه، ففيما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يصير مسلطًا له على استهلاك عينه في حاجته على أن يرده مثله وذلك إقراض، حتى إنه لو استعار الدراهم لأجل منفعة يمكن استيفاؤها مع بقاء عينها، فإن استعارها ليزن بها موازينه أو نحو ذلك يكون عارية حقيقة، ولا يكون قرضًا.

ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: رجل قال لغيره: اضمن عني لفلان الألف التي له علي، ففعل وأداها أيضًا من عنده، ثم إن الضامن أخر المضمون عنه، فالتأخير جائز، وليس هذا بمنزلة القرض.

ولو قال: اقض عن هذا الرجل ألف درهم، ففعل ثم أخره بها لم يجز التأخير؛ لأن هذا أداء عنه فصار مقرضا، والتأجيل في القرض باطل، والأول أداء عن نفسه. والله أعلم.

❋ ❋ ❋

نوع آخر: في شراء المستقرض [قضاء بحق نفسه][(١)]:

ويدخل فيه إذا أراد المستقرض دفع عين المستقرض قضاء لحق المقرض، أو أراد المقرض أخذ عين المستقرض قضاء بحق نفسه.

قال محمد - رحمه الله -: رجل أقرض رجلاً كرا من طعام وقبضه المستقرض، ثم إن المستقرض اشترى من المقرض الكر الطعام الذي له عليه بمائة دينار جاز؛ لأن الكر القرض دين وجب على المستقرض لا بعقد الصرف ولا بعقد السلم، وبيع الدين الذي لم يجب بعقد الصرف ولا بعقد السلم جائز، لما روينا من حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما- وإنما لم يجز بيع المسلم فيه قبل القبض ممن عليه، وبيع بدل الصرف قبل القبض ممن عليه؛ لأن المسلم فيه مبيع، وبيع المبيع قبل القبض إذا كان منقولًا لا يجوز؛ لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض، وكذلك بدل الصرف مبيع؛ لأن العقد لابد له من مبيع وثمن، وليس أحد البدلين في أن يجعل مبيعا بأولى من الآخر، فجعلنا كل واحد منهما مبيعا وثمنا، وكان بيعه بيع المبيع المنقول قبل القبض، ولا يجوز، أما الدين الواجب بالقرض ليس بمبيع، فيجوز بيعه ممن عليه قبل القبض بالحديث الذي روينا.

ثم إن محمدًا - رحمه الله - لم يذكر في الكتاب أن الكر المستقرض قائم في يد المستقرض وقت الشراء أو مستهلك، وأجاب بجواز هذا الشرط مطلقًا.

فإن كان الكر المستقرض مستهلكًا وقت الشراء، فالجواز قول الكل؛ لأن المستقرض يصير ملكًا للمستقرض بالاستهلاك، ويجب بمثله دينا في ذمته بلا خلاف.

فإذا اشترى الكر الذي للمقرض عليه فقد أضاف الشراء إلى ما هو موجود، فيصح الشراء بلا خلاف.

وإن كان الكر المقبوض قائمًا في يد المستقرض وقت الشراء، فالجواب على

(١) سقط في أ.

قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -: أن المستقرض يصير مملوكًا للمستقرض بنفس القبض بحكم القرض عنهما ويجب مثله دينا في الذمة، فإذا أدى الكر الذي عليه فقد اشترى ما هو موجود.

أما على قول أبي يوسف - رحمه الله -: ينبغي ألا يجوز هذا الشراء؛ لأن على قوله: المستقرض لا يصير ملكًا للمستقرض ما لم يستملكه، ولا يجب مثله دينا في الذمة قبل أن يستملكه، وإن أضاف الشراء إلى الكر الذي في ذمته، ولا كر في ذمته فقد أضاف الشراء إلى المعدوم فلا يجوز.

ثم فرق بينما إذا اشترى المستقرض الكر الذي عليه، وبين ما إذا اشتراه غيره، فإن اشترى غيره، لا يجوز بالاتفاق، وشراؤه جاز عند الكل إذا كان المستقرض هالكًا، وعندهما: إذا كان قائمًا.

والفرق له: إذا اشتراه غيره إنما لا يجوز؛ لأن التسليم محتاج إليه هناك والبائع لا يتمكن من التسليم إلا بالقبض فكان عاجزًا عن التسليم في الحال، والعجز عن تسليم المبيع وقت البيع يمنع جواز البيع، أما ههنا التسليم غير محتاج إليه؛ لأن الكر في ذمة المشتري، وما يكون في ذمة الإنسان يكون في قبضه، ولهذا افترقا.

ثم إذا جاز هذا البيع، فإن قبض المتقرض الثمن من المستقرض قبل أن يتفرقا فالشراء ماض على صحته؛ لأن الافتراق حصل بعد قبض أحد البدلين حقيقة فيما ليس بصرف.

وإن افترقا قبل قبض المقرض الثمن من المستقرض انتقض البيع وعاد الكر دينا في ذمة المشتري؛ لأن الافتراق حصل عن دين بدين وإنه جائز فيما هو صرف، وفيما ليس بصرف، وهذا بخلاف ما لو وجب للمستقرض على المقرض كر حنطة فتبايعا الكر بالكر وتفرقا من غير قبض فإن هناك لا يبطل العقد؛ لأن هناك الافتراق حصل بعد قبض البدلين حكما لازما في ذمة كل واحد منهما مقبوضه؛ لأن ذمته في يده، والافتراق بعد قبض البدلين حكما ليس بجائز فيما هو صرف ولا فيما ليس

بصرف، أما ههنا بخلافه على ما ذكرنا.

وعلى ما حكينا عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني - رحمه الله - في كتاب البيوع من هذه النسخة: يبطل العقد في هذه الصورة أيضًا.

فإن قيل: ينبغي ألا يبطل العقد في مسألتنا وإن افترق قبل قبض المقرض الثمن؛ لأن الكر في ذمة المستقرض في حكم المقبوض، حتى إن من كان له على آخر دين فباعه بعشرة دراهم وقبض العشرة وتفرقا جاز، وجعل ما في الذمة من الدينار كالمقبوض حتى جاز عقد الصرف، فهاهنا يجب أن يكون ما في الذمة كالمقبوض.

والجواب عن هذا أن يقال: بأنا وإن جعلنا الكر الذي في ذمة المستقرض في حكم المقبوض إلا أنه دين حقيقة، فالدراهم إذا لم تقبض فهي دين حقيقة وحكمًا، فكان الرجحان لجانب الدينية، والعبرة للراجح في حق الأحكام، وفي مسألة[١] الصرف التي ذكرناها أحد البدلين وهو الدراهم مقبوض حقيقة وحكمًا، والبدل الآخر وهو الدينار مقبوض حكمًا، فكانت الدينية هناك [مرجوح، والمرجوح][٢] ساقط الاعتبار بمقابلة الراجح.

وعلى ما حكينا عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الله الشيباني - رحمه الله - فوجه الجواب وهو الفرق بين مسألتنا وبين مسألة الصرف: أن الشرط في باب الصرف أن يفترقا وليس بينهما عمل، فإذا[٣] كان الدينار في الذمة وجد قبض الدراهم في الذمة وافترقا، فقد افترقا وليس بينهما العمل، وفيما وراء الصرف الشرط أن يحصل الافتراق عن عين بعين حقيقة، أو عن عين بدين حقيقة.

وفي مسألتنا: إذا لم يقبض الدراهم لم يوجد الافتراق عن عين بعين حقيقة، أو عن عين حقيقة بدين فلهذا افترقا، ولو أن المستقرض لم يشتر من المقرض الكر

---

(١) في ج: المسالة.
(٢) في ج: مرجوع والمرجوع.
(٣) في ج: فإن.

الذي عليه، ولكن طالبه المقرض بما له عليه من القرض والكر القرض قائم[١] في يد المستقرض بعد، فإن للمستقرض الخيار إن شاء دفع عين ذلك الكر، وإن شاء دفع إليه كرا آخر، ولو أراد المقرض أن يأخذ عين ذلك الكر[٢] من المستقرض، لم يكن له ذلك إلا برضا المستقرض[٣].

قالوا: وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما-؛ لأن الكر المستقرض يزول عن ملك المقرض ويصير مملوكًا للمستقرض بنفس القرض، ولهذا لو باع المستقرض المستقرض من غيره أو وهبه أو تصدق به عليه يجوز، ولا يقف على إجازة المقرض، ولو بقي العين المستقرض على ملك المقرض لتوقف تصرفات المستقرض على إجازة المقرض، فإذا صار المستقرض ملكا للمستقرض بنفس القرض التحق بسائر أملاكه، ثم لو أراد المقرض أن يأخذه المستقرض كرا، كان للمستقرض في الأصل لم يكن له[٤] ذلك إلا برضا المستقرض، وكذا إذا أراد أن يأخذ الكر المستقرض.

عاد إلى فصل الشراء فقال: إذا اشترى المستقرض الكر الذي عليه بعشرة دراهم مثلاً ونقد الدراهم في المجلس حتى جاز الشراء والكر المستقرض قائم في يد المستقرض بعينه، فوجد به عيبًا قد دلسه المقرض، بأن كان غصبا مثلاً، وتصادقا فأراد أن يرده بالعيب على المقرض لم يكن له ذلك؛ لأنه لا وجه إلى أن يرده بحكم الشراء بما ورد عليه، ولا وجه إلى أن يرده بحكم القرض؛ لأنه تبرع لا يوجب السلامة عن العيب، بل يوجب على المستقرض مثله، ولكن يرجع بنقصان العيب[٥]؛ لأن المبيع كر في الذمة ويجب بدلًا عن المستقرض، والمستقرض

(١) في ج: القائم.
(٢) زاد في أ: وإن شاء دفع إليه.
(٣) في أ: المقرض.
(٤) في ج: لك.
(٥) زاد في ج: من.

معيب، والكر الذي وجب في الذمة بدلًا عنه يكون معيبًا أيضًا، ومطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب، فقد اشتراه على أنه سليم وقد ظهر أنه معيب وتعذر رده؛ لأنه كان في ذمة المستقرض وكما اشتراه سقط عن ذمته؛ إذ لا يجوز أن يستوجب الإنسان لنفسه شيئًا في ذمة نفسه، فهو بمنزلة ما لو اشترى عبدا وهلك في يده، ثم اطلع على عيب، وهناك يرجع بنقصان العيب كذا هاهنا.

قال: ولو أن رجلًا استقرض من رجل كرا من طعام وقبضه، ثم إن المستقرض اشترى ما عليه بكر من طعام وسط ودفع إليه الكر الوسط قبل أن يتفرقا عن المجلس، فالعقد جائز، ولو لم ينقد الكر الوسط حتى افترقا عن المجلس فقد بطل العقد، ثم إذا نقد الكر الوسط حتى جاز العقد أو وجد المستقرض بالكر المستقرض عيبًا، لا يرده ولا يرجع بنقصان العيب.

بخلاف المسألة المتقدمة، وهو ما إذا اشترى الكر الذي عليه بعشرة دراهم وباقي المسألة بحالها، فإن[1] هناك يرجع بنقصان العيب رجع ببعض الكر الذي دفع المستقرض، فيصير المستقرض مشتريا كرًّا من الحنطة [بأقل من كر حنطة][2] وإنه ربا، فأما إذا كان الشراء بالدراهم، لو رجع بنقصان العيب رجع ببعض الدراهم التي دفعها المستقرض إلى المقرض، فيصير المستقرض مشتريا كرا بأقل من عشرة دراهم، وإنه لا يكون ربًا.

قال: ولو أن رجلًا استقرض من رجل كرا من طعام وقبضه، ثم إن المستقرض اشترى ذلك الكر المستقرض بعينه من المقرض لا يجوز هذا.

ذكر هذا الجواب على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لأن عندهما المستقرض يصير ملكا للمستقرض بنفس القرض، فيصير مشتريا ملك نفسه، أما على قول أبي يوسف - رحمه الله - فالكر المستقرض باق على ملك المقرض،

---

(١) في أ: بأن.
(٢) سقط في أ.

فيصير المستقرض مشتريا ملك غيره فيصح.

فرق أبو حنيفة - رحمه الله - ومحمد أيضًا بين هذا وبين ما إذا اشترى رب المال من مضاربه شيئًا من عروض التجارة فإنه يصح، وإن اشترى ملك نفسه.

والفرق: أن شراء رب المال إنما يصح؛ لأنه يستفيد به ملك التصرف، لأنه لم يكن له فيما اشترى ملك التصرف فكان شراؤه مفيدًا في حق نفسه، فأما المستقرض بشرائه لا يستفيد شيئًا، لا ملك الرقبة ولا التصرف؛ لأنه استفاد جميع ذلك قبل هذا الشراء(١) بالاستقراض، فلم يكن شراؤه مفيدًا في حق نفسه، فلا يصح.

وفرقا أيضًا بين ما إذا اشترى رجل من آخر شيئًا، ثم إن المشتري اشترى ذلك الشيء منه ثانيًا بأكثر من الثمن الأول أو بأنقص منه، فإنه يصح الشراء وقد اشترى ملك نفسه.

والفرق: أن في مسألة الشراء الأول ينفسخ مقتضى إقدامهما على الشراء الثاني تصحيحًا للشراء، فأمكن القول بانفساخ الشراء الأول؛ لأن الشراء قابل للفسخ، وإذا انفسخ الشراء الأول مقتضى الشراء الثاني، فالمشتري بالشراء الثاني يستفيد ملك الرقبة وملك التصرف فيصح.

فأما في مسألة القرض لا يمكن القول بانفساخ القرض الأول مقتضى إقدامهما على الشراء.

واختلف عبارة المشايخ في ذلك، بعضهم قالوا: فسخ القرض لا يتم إلا برد(٢) المستقرض؛ لأن تمام القرض بقبض المستقرض، فتمام فسخه يكون برد المستقرض والرد فعل، والأفعال مما لا يمكن إثباتها بطريق الاقتضاء، فلا يثبت فسخ القرض إلا إذا سقط اعتبار الرد شرطًا لتمام فسخ القرض، ولا وجه إليه؛ لأن ما صار شرطا للشيء لا يسقط اعتباره وإن كان ينوب ذلك الشيء بطريق الاقتضاء؛

(١) في أ: بالشراء.
(٢) في أ: بالرد.

ألا ترى أن من قال لغيره: أعتق عبدك عني، بغير شيء لا يثبت الهبة بطريق الاقتضاء؛ لأن القبض شرط صحة الهبة فإنه فعل فلا يمكن إثباته بطريق الاقتضاء، إلا إذا سقط اعتبار القبض شرطًا للهبة ولم يسقط، وإن كان ثبوت الهبة مقتضى غيره وهو الإعتاق عن الأمر، كذا هاهنا.

وبعضهم قالوا: القرض إعارة ولهذا لا يصح التأجيل فيه، والإعارة لتمليك المنفعة بشرط رد العين، إلا أن فيما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك العين قام عينه مقام المنفعة من حيث الحكم، وقام رد البدل مقام رد العين، فيقوم قبض العين مقام قبض المنفعة أيضًا، وبعدما حصل قبض المنفعة حقيقة لا يمكن فسخ العقد عليها، فكذا بعدما حصل قبضها حكما بقبض ما أقيم مقامها وهو العتق.

بعضهم قالوا: القرض حكمه حكم الأثمان والأثمان مما لا يرد عليها الفسخ، والدليل على أن حكم القرض حكم الثمن، أن المستقرض إذا جاء بالكر وقال للمقرض: اقبضه، فإنه كر، وإن حل له أن يتصرف أكلا وغير ذلك قبل الكيل، فيثبت أن القرض حكمه حكم الثمن ولا يرد عليه الفسخ، وإذا لم يفسخ العوض يبقى الكر على ملك المستقرض، فالمستقرض بهذا الشراء لا يستفيد شيئا لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف فلا يصح هذا الشراء.

قال: ولو كان المستقرض هو الذي باع الكر من المقرض جاز.

ذكر المسألة من غير خلاف وإنه ظاهر على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لأن المستقرض ملك المستقرض بنفس القرض عندهما، فإنما باع ملك نفسه.

واختلف المشايخ على قول أبي يوسف - رحمه الله - :

بعضهم قالوا: يجوز؛ لأن على قول أبي يوسف - رحمه الله - المستقرض إن كان لا يملك المستقرض بنفس القرض إلا أنه يملك التصرف فيه بيعا وهبة واستهلاكًا يصير متملكا له، وبالبيع من المقرض صار متصرفًا فيه ومستهلكًا له على

نفسه فملكه وزال عن ملك[١] المقرض فصح البيع منه.

رجل استقرض من رجل مائة درهم على أنها جياد، فقبضها ولم يستهلكها حتى اشترى ما عليه من الدراهم بعشرة دنانير، وقبض الدنانير وتفرقا، جاز الشراء بلا خلاف.

أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: فلأن الدراهم المستقرضة صارت مملوكة للمستقرض بنفس القرض، ووجب مثلها دينا في ذمة المستقرض، فإذا اشتراها بالدراهم فقد أضاف الشراء إلى موجود، فصارت هذه المسألة نظير المسألة الأولى.

فأما على قول أبي يوسف - رحمه الله -: فلأن الدراهم المستقرضة وإن لم تصر مملوكة للمستقرض بنفس القرض ولم يجب مثلها دينا في الذمة، إلا أن بيع الدراهم في الذمة جائز وإن لم تكن الدراهم في الذمة؛ لأنها لو كانت في الذمة فالعين لا تتعلق بغير تلك الدراهم لما ذكرنا أن ما لا يتعلق بالعقد بالإشارة إليه إذا كان عينا لا يتعين بالإضافة إليه إذا كان دينا في الذمة وإنه جائز.

بخلاف المسألة الأولى على قول أبي يوسف - رحمه الله -؛ لأن الطعام يتعين في العقد، ويتعين العقد ثمة بالإشارة إليه إذا كان دينا، فإذا كان الطعام في ذمته صار مشتريًا المعدوم فلم يجزئ، أما الدراهم بخلافه على ما ذكرنا، فإن وجد المستقرض الدراهم المستقرضة ربا أو نبهرجة لم يردها؛ لأنه لو ردها إما أن يردها بحكم الشراء، أو بحكم القرض، وكلا الوجهين متعذر على ما ذكرنا فيما إذا كان المستقرض طعامًا، فلا يرجع بنقصان العيب هاهنا أيضا بخلاف ما إذا كان المستقرض طعاما وقد اشتراها المستقرض بالدراهم وباقي المسألة بحالها فإن هناك يرجع المستقرض بنقصان العيب.

والفرق أن العقد يتعلق بالكر الذي في ذمة المستقرض بالإضافة إليه؛ ألا ترى أن

(١) في أ: ملكه.

من كان له على آخر طعامًا فاشترى من عليه ذلك الطعام ثم تضادفا على أنه لم يكن عليه شيء فإنه يبطل الشراء، فإذا تعلق العقد بالكر الذي في ذمة المستقرض وقد اشتراه بمائة درهم بحصة العيب، يرجع بنقصان الدراهم الذي هو ثمن فيصير مشتريًا الكر بأقل من مائة درهم وإنه ليس بربا.

أما العقد لا يتعلق بالدراهم الذي هي عين بالإشارة إليها فلا يتعلق بالإضافة إليها إذا كانت دينا؛ ألا ترى أن من كان له على آخر دراهم فاشترى من عليه تلك الدراهم ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه شيء لا يبطل ذلك البيع، وإذا لم يتعلق العقد بالدراهم التي في ذمة المستقرض وجب للمستقرض في ذمة المقرض مائة درهم جياد بدلًا عن الدنانير، وللمقرض على المستقرض مائة جياد يزعمها، فصار قصاصًا وصار المقرض قاضيًا ما كان للمقرض بما وجب عليه[١] على المقرض بدلًا عن الدنانير، ولو رجع بنقصان العيب يسلم له مائة وزيادة بما ردها[٢]، وهذا ربا لسقوط قيمة الجودة في الدراهم عند مقابلتها بجنسها[٣].

فإن قيل: كيف تقع المقاصصة هاهنا وإن الذي وجب للمستقرض على المقرض جياد، والذي وجب للمقرض على المستقرض زيوف، والتفاوت في الوصف يمنع المقاصصة، فأما التفاوت في الوصف يمنع وقوع المقاصصة بنفسه أما لا يمنع وقوع المقاصصة إذا جعلاه قصاصًا، وقد جعلاه قصاصًا؛ لأنهما أقدما على بيع الدنانير التي هي قرض مع علمهما أن العقد لا يتعلق بتلك الدراهم، فإن هذا العقد لا يفيد سوى سقوط ما على المستقرض من الدراهم، كأن قصدهما بذلك المقاصصة، وإذا لم يرجع المستقرض على المقرض بنقصان العيب، هل له أن يرد على المقرض مثل دراهمه الزيوف ويرجع عليه بمثله دراهم جياد؟

---

(١) في ج: له.
(٢) في أ: ردتها.
(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ١٣٣).

فعلى قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -: ليس له ذلك.

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - له ذلك.

وهذه المسألة فرع مسألة أخرى، أن من كان له على آخر ألف درهم جياد فأوفاه المديون ولم يعلم رب الدين بذلك، فهلك المقبوض في يد القابض أو استهلك، ثم علم بذلك فأراد أن يرد مثل المقبوض ويرجع بالجياد.

القياس: أن ليس له ذلك، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد أيضًا.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: له ذلك، وهو الاستحسان.

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله -: أن المقبوض لو كان قائما بعينه ويمكن رده، كان له أن يرده ويرجع بالجياد، فإذا عجز عن رد العين وتمكن من رد المثل يجب أن يكون له رد المثل ويجعل رد المثل كرد العين أيضًا لحقه في الجودة نظرًا له.

وجه قولهما: أن المقبوض إذا كان قائمًا بعينه فأراد رده ينتقض القبض عن الأصل فيعود حقه في الأصل ليعود في الجودة يبعًا أيضًا، أما برد مثل المقبوض لا ينتقض القبض في المقبوض؛ لأن المثل ليس بمقبوض فبرد عين المقبوض لا ينتقض القبض في المقبوض ولا يعود حقه في الأصل ليعود في الجودة بيعًا لو عاد حقه في الجودة عاد ابتداء وحقه لا يعود في الجودة ابتداء، هذا إن[1] وجد المستقرض الدراهم المستقرضة زيوفًا أو نبهرجة، فإن وجدها ستوقة أو رصاصًا وكان ذلك بعد ما اشترى ما عليه بعشرة دنانير ونقد الدنانير، فإن لم يتفرقا عن مجلس البيع فقد استبدل الستوقة والرصاص بالجياد، فيأخذ من المقرض مائة درهم جياد والبيع ماض على الصحة؛ لأنه لما ظهر أن الدراهم ستوقة ورصاصًا ظهر أن ما وجب في ذمة المستقرض بعقد القرض مثلها ستوقة، واستقراض الستوقة وإن كان فاسدا لأنها عروض، واستقراض العروض فاسد؛ إلا أن[2] القرض الفاسد يوجب ضمان المثل

---

(١) في ج: إذا.
(٢) في أ: لأن.

فيما هو من ذوات الأمثال كالقرض الصحيح، والمستقرض ببيع الدنانير استوجب على المقرض مائة درهم جياد، والستوقة ليست من جنس الدراهم فلم يحصل الاستيفاء وهما في مجلس العقد، فيستبدل المستقرض الستوقة بالجياد وبقي العقد على الصحة؛ إذ ليس فيه إلا تأخير قبض بدلي الصرف إلى آخر المجلس، وذلك ليس بضائر، وإن تفرقًا عن المجلس بطل البيع؛ لأنهما قبل قبض أحد البدلين في عقد الصرف.

وهذا بخلاف ما إذا كانت الدراهم زيوفًا أو نبهرجة وتفرقا عن المجلس بعد قبض الدنانير حيث لا يفسد العقد؛ لأن الزيوف من جنس الدراهم، وقد وجب مثل المستقرض من الزيوف في ذمة المقرض على المقرض، وبين ما إذا كان واجبا للمقرض على المستقرض بالقرض، والافتراق حصل قبل قبض البدلين، أحدهما حقيقة، والآخر حكما، وإنه كان لصحة العقد.

قال: والفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير في جميع ما ذكرنا؛ لأن الفلوس أثمان وإنها تتعين بالتعيين، فصار حكم الفلوس إذا كان قرضًا كحكم الدراهم الزيوف والنبهرجة.

فإذا استقرض الرجل من آخر فلوسًا وقبضها، ثم اشترى ما وجب في ذمته من الفلوس بدراهم أو دنانير وبقدر الدنانير أو الدراهم، ثم وجد بالفلوس عيبا لا يخرجها من الثمنية كالزيافة في الدراهم، فإنه لا يردها ويرجع بنقصان العيب، وإن وجد بها عيبا يخرجها من الثمنية ومن أن نتكون من جنس فلوس الناس، فإنه يردها ويستبدلها، وإن لم يستبدلها وتفرقا عن المجلس لا يبطل العقد، وإن حصل الافتراق قبل قبض أحد البدلين إلا أن يبيع الفلوس بالدراهم أو بالدنانير ليس بصرف، والافتراق قبل قبض أحد البدلين فيما ليس بصرف لا يوجب بطلان العقد[1].

فإذا أقرض صبيًا محجورًا عليه أو معتوهًا مالا ودفعه إليه فاستهلكه فلا ضمان

(١) في م: العيب.

عليه في قول أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما-.

وفي قول أبي يوسف - رحمه الله -: هو ضامن. وهو الصحيح؛ لأن هذا بمنزلة الوديعة، من حيث إن المالك في الموضعين سلطه على الاستهلاك.

ولو أقرض عبدًا محجورًا عليه فاستهلكه العبد، فلا ضمان عليه ما دام عبدًا فإذا عتق يومًا أخذ به، ذكر المسألة من غير خلاف ويجب أن يكون هذا الخلاف أيضًا على قول أبي يوسف - رضي الله عنه - يؤاخذ به للحال كما في الوديعة؛ ألا ترى أنه نص على أنه في الصبي، والصبي والعبد سواء، كما في الوديعة.

وإذا كان الدينان مؤجلين لا تقع المقاصصة حتى يتقاصا، وكذلك إذا كان أحدهما معجلا والآخر مؤجلا، أو كان أحدهما وضحا والآخر غلة.

أبو سليمان عن أبي يوسف - رحمه الله -: في رجل بعث بكتاب مع رسول إلى رجل أن ابعث لي بكذا وكذا درهما قرضا لك علي، فبعث مع الذي أوصله الكتاب، لم يكن من مال الآمر حتى يصل إليه.

ولو أن رجلًا أرسل إلى رجل رسولًا أن ابعث إلي بعشرة دراهم قرضًا. فقال: نعم، وبعث بها مع رسوله، فالآمر ضامن لها إذا أقر أن رسوله قبضها.

وإذا أمر غيره أن يرهن مالا ويلزم الربح عنه ويؤدي ليؤدي الآمر إليه فأدى المأمور الربح، لا يرجع على الآمر؛ لأن التمليك مقتضى الأداء بالأمر إنما ثبت إذا صح الأمر، ولم يصح، فلا يثبت التمليك وبدونه لا يثبت حق الرجوع.

استقرض كر حنطة ثم قضاه فقبض المقرض من غير كيل حل له التصرف من غير كيل، بخلاف البيع، في الباب الثاني من شرح الجامع الصغير.

ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الصرف: فإذا أقرض الرجل رجلا ألف درهم وقبضها المستقرض، ثم إن المقرض قال للمستقرض: اصرف الدراهم التي عليك - ولم يبين متى يصرف - لا يصح التوكيل عند أبي حنيفة - رحمه الله - ويقع الصرف للمستقرض.

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: [أنه][(١)] يصح التوكيل عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافًا لهما فهاهنا كذلك.

وأما إذا قال: اصرفها، ولم يزد عليه، لا يصح التوكيل عندهم جميعًا؛ لأن (الهاء) في قوله: (اصرفها) يجوز أن تكون كناية عن الألف التي قبضها المستقرض، ويجوز أن تكون كناية عن الألف التي قبضها صار دينا للمقرض في ذمة المستقرض.

فإن كان كناية عن الألف التي قبضها المستقرض، لا يصح التوكيل؛ لأن تلك الألف ملك للمستقرض، فهذا أمر بالتصرف في ملك الغير، وإنه لا يصح.

وإن كان كناية عن الألف التي وجب للمقرض في ذمة المستقرض كان التوكيل صحيحا؛ لأن هذا أمر بالتصرف في ملك نفسه صحيح، فيصح التوكيل على هذا التقدير مطلقًا، وعلى التقدير الأول لا يصح، ولا يصح بالشك والاحتمال.

وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه -: إذا لم يبين متى يصرف إليه وقع الشك في صحة هذا التوكيل، فلا يصح هذا التوكيل بالشك.

وإذا قال: اصرفها إلي، إن بين متى يصرف إليه صح التوكيل؛ إذ لا يصح هذا التوكيل بالشك.

ولو قال: اصرفها إلي، بلا خلاف، ولم يبين متى تصرف، فالمسألة على الخلاف؛ لأن قوله: اصرفها، انصرف إلى الدين الذي وجب في ذمة التوكيل، أما إذا انصرف إلى الدراهم التي قبضها المستقرض، فالصرف لا يكون للموكل بل يكون للوكيل؛ لأن تلك الدراهم ملك الوكيل.

وإن صرف قوله: اصرفها، إلى الدين الذي للموكل في ذمة الوكيل، صار كأنه صرح به، وهناك المسألة على الخلاف كذا هاهنا.

ولو أن لرجل على رجل ألف درهم، فدفع المطلوب إلى الطالب دراهم وقال: اصرفها، أو خذ حقك منها، فقبضها وهلكت في يده قبل أن يصرفها، فهو من مال

(١) سقط في ج.

الآمر؛ لأن الآمر أمره بشيئين: بالمصارفة للآمر، وبأخذ حقه من الدراهم التي حصل للآمر بحكم المصارفة، فقبضه الدنانير قبض الوكيل بالبيع، وقبض الوكيل بالبيع قبض أمانة، فإذا هلكت الدنانير في يده هلك من مال الآمر، كما لو هلكت الجارية الموكل ببيعها في يد الوكيل، وكذا لو صرف الدنانير وقبض الدراهم، فهلكت الدراهم في يده قبل أن يأخذ حقه من الدراهم هلكت من مال الآمر أيضًا؛ لأنه وكيل ببيع الدنانير بالدراهم أولا فيقع قبض الدراهم للموكل قبل أن يأخذ الوكيل حقه منها.

ألا ترى أنه لو لم يقل له: خذ منها حقك، كان قبضه للآمر، وكان هلاك المقبوض على الآمر، كذا هاهنا، فإن أخذ منه حقه ثم هلك المأخوذ بحقه في يده هلك من ماله.

وهو بمنزلة ما لو كان عند رجل وديعة، وللمودع على صاحب الوديعة دين، فقال له صاحب الوديعة: خذ حقك من الوديعة التي في يديك، فهلكت الوديعة قبل أن يأخذ المودع حقه منها، يهلك من مال صاحب الوديعة، ولو أخذ منها حقه وهلك المأخوذ في يده، هلك من مال المودع، كذا هاهنا.

وهذا بخلاف ما لو دفع إليه الدنانير وقال: اصرفها بحقك، أو قال: بعها بحقك، فباعها بدراهم مثل حقه، فكما قبض الدراهم يصير المقبوض له حتى لو هلك في يده هلك من ماله؛ لأن هاهنا ما أمره بشيئين إنما أمره بشيء واحد وهو البيع بحقه، وإنما يكون بائعًا بحقه إذا كان قبض الدراهم واقعا له، فقد أمره بالبيع وجعل المقبوض بعد البيع كأنه قال: بع هذه الدنانير منه فاقبض الدراهم بحقك، ولو قال هكذا أليس أن المقبوض يصير للقابض بنفس القبض، كذا هاهنا. والله أعلم بالصواب.

* * *

الفصل العاشر
في المتفرقات

إذا قال لآخر: أقرضني عشرة أقفزة حنطة، فأقرضه، أو استأجر من يحمله، فأجر الحمل على المقرض، في إجارات النوازل.

وكذا لو قال له المستقرض: استأجر من يحمله، ففعل، كان على الآجر؛ لأنه هو العاقد.

وكذا لو قال المستقرض: استأجر لي من يحمله، ففعل، كان على الأجر على المقرض أيضًا؛ لما مر إلا أنهما ههنا يرجع على المستقرض بالأجر؛ لأن الإجارة وقعت له، كذا ذكر هناك.

وينبغي أن يكون القول قول المستقرض: استأجر من يحمله، كقوله: استأجر لي من يحمله، إذا كان ذلك بعدما سلم المقرض الأقفزة إلى المستقرض قبل أن لم يكن سلمها إليه وقد قال له المستأجر: استقرض فلانا.

فالجواب كذلك؛ لأن الحمال إذا كان معينًا، صار المقرض في الاستئجار وكيل المستقرض معنى، فيرجع المقرض على المستقرض، وإن لم يكن الحمال معينا، لا يرجع المقرض على المستقرض بالأجر سواء قال: استأجر حمالا ولم يزد أو قال: استأجر لي حمالًا.

في المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله -: المديون إذا أبى أن يقضي ما عليه، إن كان مما يعمل بيده أو له عمل معروف، فإنه يؤاجر من رجل ويأخذ الأجر فيقضى به ديونه.

قال أبو حنيفة - رحمه الله -: إذا استقرض الرجل مالا في مرضه وعاين الشهود، ودفع المقرض المال إلى المستقرض، أو اشترى شيئا بألف درهم وعاين الشهود قبض المبيع، أو تزوج امرأة بمهر مثلها، أو استأجر شيئًا بمعاينة الشهود وعليه ديون الصحة، فإن هذه الديون تكون متساوية كديون الصحة، وإن تعلقت هذه

الديون بماله بعد تعلق حق غرماء الصحة، وليس في بعض هذه التصرفات إبطال حقهم وهو القرض والنكاح، وفي بعضها إن كان إبطال حقهم، ولكن لحاجة المريض وهو لا يملك النقل والإبطال لحاجته، فإن قضى المريض دين هؤلاء هل لغرماء الصحة أن يشاركوا القابض فيما قبض؟

ينظر: إن قضى دين المقرض ودين البائع، لا يكون لغرماء الصحة حق المشاركة، فإن قضى دين المرأة ودين الآخر يكون لهم حق المشاركة.

والفرق: أن المريض بقضاء دين البائع فالمقرض لم يبطل حق غرماء الصحة؛ لأن حق غريم الصحة في معنى الأموال - وهو المالية - لا في أعيانها، وما وصل إليه من العوض في القرض والبيع يصلح لقضاء حق غرماء الصحة، ولا يصير القضاء مبطلاً حقهم، أما ما وصل إليه من العوض في الإجارة والنكاح لا يصلح لقضاء حق غرماء الصحة فيصير بهذا القضاء مبطلا، وليست له هذه الولاية.

وفي فتاوى النسفي: السلطان إذا صادر رجلاً وطالبه بشيء من المال ظلمًا، وطلب الرجل من غيره أن يدفع إلى السلطان المال المطالب به ويدفع إلى أعوانه شيئا من المال، ويقال لذلك بالفارسية: جعل ومؤنة فدفع الرجل ذلك كله، ثم أراد أن يرجع على الآمر بما دفع بأمره وطلبه.

قال: ليس له ذلك؛ لأنه أمره بالدفع بمنزلة أمره بأن يتلف ماله بأن قال له: ألق مالك في البحر، وهناك لا ضمان على الآمر، فهذا كذلك.

وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي، والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: أن له الرجوع، والمطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية.

ثم في المطالبة الشرعية وهو الدين إذا أدى المأمور رجع على الآمر فكذا في المطالبة الحسية.

واستدلالًا بمسألة ذكرها محمد - رحمه الله - في السير الكبير: لو أمر واحدًا من أسرى المسلمين رجلاً أن يشتري له ثمن أسره بكذا، فاشتراه، رجع بالثمن

على الآمر، مع أنهم ظالمون في إمساكه وطلب المال منه وكذا هاهنا، وعليه الفتوى.

وفي الجامع في باب الكفالة بالصرف: رجل له على رجل ألف درهم جياد، فقال صاحب المال: أعطني ألف درهم نبهرجة وتفرقا من غير قبض، صح؛ لأنه حط عن صفة الجودة بصرف فلا يبطل بالافتراق عن المجلس من غير قبض.

وكذلك لو قال: اقض عني غريمي هذا بألف درهم نبهرجة، أنه ليس بصرف، فإنه لم يقل: على أن الخيار لك.

فإذا كان لرجل على رجل دين مؤجل فقال المديون: أبطلت الأجل، أو قال: تركت، صح بخلاف قوله: لا حاجة لي فيه، وبخلاف قوله: برئت منه، أضاف البراءة إلى نفسه.

روي أنه يصح إذا أضاف البراءة إلى نفسه، كما يصح إذا أضاف البراءة إلى رب الدين فقال: برئت إلينا.

المأمور بقضاء الدين إذا قضى أجود مما أمر به، يرجع بمثل ما أمر به، أو أردأ يرجع بما كفل به ولو قضى أردأ مما أمر به، رجع بمثل المؤدى.

والكفيل بالمال إذا أدى أجود مما كفل به أو أردأ، يرجع بما كفل به.

وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: رجل له على رجل عشرة دنانير، فقال رجل لصاحب الدنانير: أقرضني الدنانير، قال لمديونه: أعط فلانا الدنانير التي لي عليك، وأحاله عليه، فأخذ بها عروضًا أو دراهم أو ما أراد، كان جائزًا.

ولو قال رجل لرجل: وهبت لك الألف درهم التي لي على فلان وقال لفلان: أعطها إياه، فإن أعطاه عرضا لم يبرأ.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: رجل عليه ألف درهم لرجل، أمر الذي عليه رجلا أن يدفعها عنه إلى الطالب ليرجع الدافع بها على الآمر فدفعها

المأمور بعد ذلك إلى الطالب وأراد أن يرجع بها على الآمر[١]، وأقام الآمر بينة أنه قد دفع الألف إلى الطالب بعدما أمر المأمور بالدفع قبل أن يدفع المأمور، ولا سبيل للمأمور على الآمر في الرجوع بما دفع، وله أن يرجع إلى الذي دفع.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا قال الرجل لغيره: ادفع إلى فلان ألف درهم أو قال: أعط فلانًا ألف درهم على أني ضامن لها والمدفوع إليه حاضر يسمع هذا الكلام فدفع المأمور إلى فلان ألف درهم، فالألف قرض للدافع على الآمر، وليس له أن يأخذها من القابض، وللآمر أن يأخذها بعينها من القابض؛ لأن شرط الضمان لا يخلو من أحد وجهين: إما التحمل بطريق الكفالة، وهو المعهود من لفظ الضمان. وإما جهة الأصالة بالاستقراض.

والأول لا وجه إليه؛ لأن شرط الضمان بطريق التحمل أن يكون الضمان ثابتا في حق الأصيل، ولا ضمان على المدفوع إليه هاهنا ليتحمله[٢] الآمر بالكفالة، فتعذر جهة الأصالة بالاستقراض وصار المدفوع إليه وكيلاً عن الآمر بالقبض، كأن الآمر قال للدافع: أقرضني ألف درهم أدفعها إلى فلان فإني وكيله بالقبض، وإذا قبضه صار قرضا على الآمر وديعة عن الوكيل وهو القابض، إن هلك في يده لا شيء عليه؛ لكونه أمينًا، وإن أتلفه يضمن.

فإنما شرط في الكتاب أن يكون المدفوع إليه حاضرًا ليسمع[٣] الكلام؛ لأن المدفوع إليه لا يصير وكيلاً عن الآمر في القبض، فالتوكيل لا يصح قبل علم الوكيل، فشرط علمه وسماعه ليصير وكيلاً.

ولو قال لغيره: أعط فلانًا ألف درهم، أو قال: ادفع إلى فلان ألف درهم على أني ضامن لك عنه بهذه الألف، والمدفوع إليه حاضر يسمع الكلام، ففعل. فالألف

---

(١) في أ: وأقام الآمر بينة أنها له ودفع الألف إلى الطالب وأراد أن يرجع بها على الآمر.
(٢) في ج: يتحمله.
(٣) في ج: يسمع.

قرض للمأمور على القابض، والآمر ضامن لها عنه يأخذ أيهما شاء.

فرق بين هذا وبين ما إذا قال: على أني ضامن لك، فقد نص على أن القابض مكفول عنه وتعذر أن يجعل الآمر ضامنا عن القابض بحكم الكفالة وإنما يصير القابض مكفولا عنه إذا صار القابض مستقرضًا، فصار تقدير ما قال كأنه قال: أقرض فلانًا ألف درهم على أنه ضامن لها، ولم يقل: عنه. لم يجعل الآمر القابض مكفولًا عنه، وتعذر أن يجعل الآمر ضامنًا عن القابض بحكم الكفالة على ما مر فجعله ضامنا لها بحكم القرض للصحة.

ولو أن المقرض هو الذي خاطب الدافع فقال: أعطني ألف درهم، أو قال: ادفع إلي ألف درهم على أن فلانًا ضامن لها، فإن الألف قبض للمأمور على القابض، وفلان كفيل لها[1] عنه.

فرق بين هذا وبين ما إذا كان الآمر هو الذي يلي المخاطبة والقابض ساكت.

والفرق: أن المخاطبة متى كانت من القابض، فقد جرى بين القابض وبين الدافع ما هو سبب الضمان، وهو سؤال القابض إياه حتى يدفعه إليه، بدليل أن القابض لو لم يشترط ضمان غيره فدفع إليه، كان مضمونًا عليه كأنه أقرضه، فإذا جرى بينهما سبب الضمان، فإن[2] شرط القابض ضمانًا آخر كان هذا ضمان كفالة؛ لأنه ضمان طرأ عن ضمان ثابت على غيره، وهذا هو حد الكفالة، فصار تقدير ما قال القابض للدافع: أقرضني ألف درهم على أن فلانا ضامن لها، فأما إذا كانت المخاطبة من الآمر لم يجر بين القابض والدافع سبب الضمان، بدليل أنه لو لم يقل الآمر: على أني ضامن لها، واقتصر على الأول فدفع إليه الألف، كان القابض أمينًا لا ضمينًا، وكان هذا من الآمر مشورة بأن يودعه ألف درهم، وإن لم يجر بينهما سبب الضمان تعذر أن يجعل استقراضا، أما ههنا بخلافه.

---

(١) في ج: بها.
(٢) في ج: فإذا.

وإذا قال الرجل لغيره: أعط فلانًا ألف درهم على أني ضامن لها، فقال: نعم، ففعل، فالقرض على القابض، والآمر كفيله؛ لأن قول فلان: نعم، جواب، والجواب يتضمن إعادة الكلام الأول، فصار كأن فلانًا قال: نعم أعطني ألف درهم على أن فلانا ضامن لها، ولو نص على هذا فقد جرى بين الدافع والقابض ما هو سبب الضمان، بدليل أن القابض لو قال: أعطني ألفا، ولم يقل: على أن فلانًا ضامن لها، كان الألف مضمونًا عليه، فكان ضمان الألف ضمانا طارئًا عن ضمان ثابت على القابض، وهذا هو حد الكفالة، فكان كفالة.

وإذا قال: هب لفلان ألف درهم على أني ضامن لها، ففعل المأمور ذلك وقبض الموهوب له منه، كانت الهبة جائزة والآمر ضامن للدافع، ويكون الواهب في الحقيقة هو الآمر دون المأمور، حتى كان للآمر أن يرجع في الهبة، ولا يكون للمأمور ذلك، وهذا لأنه تعذر تصحيح هذا الضمان من الآمر بحكم الكفالة عن القابض؛ إذ لا ضمان على الموهوب له، وعلى المتصدق عليه، فجعل الآمر ضامنا بحكم القرض جاعلاً المأمور وكيلاً عن نفسه بالهبة والصدقة، وجاعلاً القابض وكيلاً عن نفسه في ابتداء قبضه حتى يتم قرضه، ثم يصير قابضا لنفسه بحكم الهبة، وصار تقدير المسألة كأن الآمر قال لذلك الرجل: أقرضني ألف درهم ثم كن وكيلي بالهبة من فلان، ولو نص على هذا، كان الجواب كما قلنا فهاهنا كذلك.

وإذا قال الرجل لغيره: هب لي ألفا على أن فلانًا ضامن لها - وفلان حاضر - فقال: نعم، ثم وهب المأمور ألف درهم، فالهبة من الضامن، فيكون المال قرضًا للدافع على الضامن؛ لأن قول القابض: هب لي تنصيص على أنه لا ضمان عليه لأحد في المقبوض فلا يمكن أن يجعل قوله: على أن فلانًا ضامن لها، اشتراطًا للضمان بحكم الكفالة، فجعل ضمانًا لحكم القرض، وصار فلانًا بقوله: نعم، مستقرضًا الألف من الدافع، جاعلاً الدافع وكيلاً عن نفسه بالهبة من القابض احتيالاً للجواز. والله أعلم بالصواب.

كتاب الحوالة[1]

(١) الحوالة - بفتح الحاء وكسرها - اسم من أحال. يقال: أحال الغريم: زجَّاه عنه إلى غريم آخر، وتحول من مكانه: انتقل، وحولته تحويلاً: نقلته من موضع إلى موضع. وفي الوجيز: الحوالة: اسم من أحال الغريم إذا دفعه عنه إلى غريم آخر.

وفي الاصطلاح:

عرَّفها الحنفية: بأنها «نقل الدين من ذمة إلى ذمة».

وعرَّفها المالكية: بأنها «طرح دين عن ذمة بمثله في أخرى».

وعرَّفها الشافعية: بأنها «عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة».

وعرَّفها الحنابلة: بأنها «تحويل الحق من ذمة إلى ذمة أخرى».

ويلاحظ من تعريفات الفقهاء للحوالة أنهم متفقون على أنها نقل للدين وتحويل له، وهو ما يتفق مع المعنى اللغوي للحوالة.

وهل الحوالة نقل للدين والمطالبة معًا، أم نقل للدين فقط؟

اختلف فقهاء الحنفية في ذلك: فذهب أبو يوسف إلى أنها تنقل الدين والمطالبة معًا، واستدل بالإجماع على أن المحتال لو أبرأ المحال عليه من الدين، أو وهبه منه صح، ولو أبرأ المحيل، أو وهبه منه لم يصح، وذهب محمد بن الحسن من الحنفية إلى أنها تنقل المطالبة فقط دون الدين، فهو باق في ذمة المحيل.

والراجح: أنها تنقل الدين والمطالبة، وذلك لما في الحوالة من معنى النقل والتحويل، كما أن من آثار الحوالة براءة ذمة المحيل من دين المحال، وانتقال الحق إلى المحال عليه، فإذا لم يترتب على الحوالة نقل الدين بهذا الحق، فما هي فائدة انتقاله للمحال إذن؟

ينظر: لسان العرب (٢/١٠٥٦، ١٠٥٧)، المصباح المنير، ص (٩٧)، المعجم الوجيز، ص (١٧٩)، تبيين الحقائق (٤/ ١٧١)، شرح فتح القدير، لابن الهمام (٧/ ٢٤٢، ٢٤٣)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٥٩)، مواهب الجليل (٥/ ٩٠)، الشرح الكبير، للدردير (٣/ ٣٢٤)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٣)، المغني مع الشرح الكبير (٥/ ٥٤، ٥٥).

والحوالة مشروعة، بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿وَٱفۡعَلُواْ ٱلۡخَيۡرَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧]. وقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ﴾ [المائدة: ٢].

وجه الدلالة من الآيتين: أن الله - تعالى- أمرنا بالتعاون فيما بيننا، وأمرنا بفعل الخير، والحوالة نوع من التعاون، وفيها خير وتيسير على الناس في معاملاتهم.

أما السنة: فقد أخرج البخاري ومسلم في صحيحيهما - عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «مَطل الغنى ظلم، فإذا أُتبع أحدكم على مليءٍ فليتّبع».

ففي هذا الحديث أمر من الرسول ﷺ للدائن أنه إذا أُحيل على مدين آخر فليحتل، وسواء كان هذا الأمر للوجوب، أم للندب، أم للإباحة فهي مشروعة.

وأما الإجماع: فقد انعقد الإجماع على جواز حوالة الدين.

وأما المعقول: فإن الحوالة تتضمن فروعًا متفقًا على جوازها، فقد يوجد بها تبرع من المحال عليه، وقد يكون بها توكيل للمحتال بالقبض، وبها التزام من المحال عليه كالتزام =

هذا الكتاب يشتمل على خمسة فصول:

الفصل الأول: في بيان شرائط الحوالة وحكمها.

الفصل الثاني: في بيان أنواع الحوالة.

الفصل الثالث: في عود الدين إلى ذمة المحيل.

الفصل الرابع: [في][1] بطلان الحوالة بعد وقوعها صحيحة.

الفصل الخامس: في المتفرقات.

* * *

= الكفيل، وما من فرع من هذه الفروع إلا وقد اتفق على جوازه، والمشتمل على الجائز جائز. وأيضًا شرعت الحوالة لحاجة الناس للتعامل بها خاصة في زماننا هذا، الذي كثرت فيه الالتزامات، وأصبحت الحوالة من أسهل وأسرع الوسائل لانتقال الالتزامات بين الأفراد والجماعات، وكل هذا يدل على سماحة الدين الإسلامي، ويسره، وصلاحيته لكل زمان ومكان. وقد أجاز فقهاء الحنفية الحوالة لمن ليس عليه دين للمحيل، وأسموها حوالة الدين المطلقة، وإن سماها البعض توكيلاً في الاقتراض أو حمالة، وأجروا عليها أحكام الحوالة وأجازوها، فإذا كانت الحوالة جائزة لمن ليس عليه دين، كانت على من عليه دين أولى بالجواز.

ينظر: فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ٢٣٩)، بدائع الصنائع (٦/ ١٦)، بداية المجتهد (٢/ ٣٠٠)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٣)، كشاف القناع (٣/ ٣٨٢).

(١) سقط في أ.

أما الأول

فنقول: من شرائط الحوالة[١] رضا المحتال عليه وقبول الحوالة سواء كان على

(١) يشترط الحنفية لنفاذ الحوالة أن يكون المحيل بالغا؛ لأن في الحوالة معنى المعاوضة، ومعاوضات الصبي المميز لا تنفذ إلا بإجازة وليه. فحوالته منعقدة موقوفة على الإجازة. والبلوغ شرط صحة عند الجمهور. فإذا كان المحيل مميزا غير بالغ ففيه الخلاف المشهور بين الفقهاء في تصرفات الصغير المميز إذا باشرها بنفسه: أتكون باطلة، أم موقوفة على إجازة وليه، إن رآها وفق مصلحته؟ ويشترط الحنفية لنفاذ الحوالة أن يكون المحال بالغا، لما قلناه في المحيل، ولذا ينعقد احتيال الصبي المميز، ولكنه لا ينفذ إلا بإجازة وليه، وهذه الإجازة مشروطة بأن يكون المحال عليه أملأ من المحيل. وهذه الشريطة يوافق عليها المالكية والشافعية، ويخالف فيها الحنابلة، لأنهم لا يشترطون رضا المحال، إلا على احتمال ضعيف للحنابلة. أما شريطة بلوغ المحال عليه، فسبق بحثها كشريطة انعقاد أثناء بحث المحال عليه وشرائطه. ويشترط في المحال عليه عند الحنفية، أن يكون متمتعا بأهلية الأداء الكاملة. أن يكون عاقلا، لما قدمناه في المحال، فلا تصح الحوالة على مجنون، أو صبي لا تمييز له. كما يشترط أن يكون بالغا، فلا يصح من الصبي قبولها بحال، قياسا على الكفالة، وما دام ليس في ذمته، ولا عنده للمحيل ما يفي بالدين المحال به؛ لأن قبول هذه الحوالة حينئذ تبرع ابتداء، إن كانت الحوالة بأمر المحيل، وتبرع ابتداء وانتهاء إن لم تكن بأمره، إذ لا يملك حق الرجوع عليه في هذه الحالة الأخيرة، سواء بعد ذلك أكان الصبي مأذونا في التجارة أم غير مأذون، بل وسواء قبوله بنفسه وقبول وليه له؛ لأنه من التصرفات الضارة، فلا يملكه الولي. والتقييد - بكونه ليس في ذمته ولا عنده للمحيل ما يكفي - ليس في كلام الحنفية. ولكن ابن عابدين استظهره في حاشيته على البحر فإذا اختل هذا القيد - بأن كان في ذمته، أو عنده للمحيل ما يكفي سداد دينه - فينبغي ألا يشترط بلوغه لأصل انعقاد الحوالة، بل لنفاذها، فتنعقد موقوفة على إجازة وليه إن كان دون البلوغ. وعندئذ ينبغي أن تكون شريطة البلوغ هذه شريطة نفاذ مطلوبة في المحال عليه بالنسبة إلى الحوالة المقيدة بالدين الذي عليه؛ لأن فيها معنى المعاوضة انتهاء، حيث يقضى فيها دين بدين بطريق التقاص، فتحتاج إلى إذن الولي، أو إجازته. أما إذا كانت الحوالة مطلقة، فإن بلوغ المحال عليه عندئذ شريطة انعقاد لا بد منها، لأنها كما قال صاحب البحر هنا: إن كانت بأمر المحيل كانت تبرعا ابتداء، معاوضة انتهاء، وإن كانت بدون أمره كانت تبرعا ابتداء وانتهاء فهي من المضار التي لا يملكها على الصغير وليه كسائر التبرعات، فلا تصح من غير البالغ ولو بإذن وليه، أو إجازته. وكون المحال عليه مدينا للمحيل، أو عنده مال له، لا يمنع إطلاق الحوالة دون ارتباطها بالدين، أو المال الذي للمحيل عنده، إلا أن يقال: إنها عندئذ تعقد مقيدة حكما بهذا المال أو الدين، ولو صدرت بصيغة مطلقة، وتكون موقوفة على إجازة الولي.

=

المحتال [عليه][(١)] دين للمحيل أو لم يكن، عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - وكذلك رضاء الطالب وقبوله شرط لصحة الحوالة بلا خلاف[(٢)].

= شرائط تتعلق بأهلية المحيل:

أ- العقل: يشترط في المحيل أن يكون عاقلا، فلا تنعقد حوالة المجنون، والصبي اللذين لا تمييز لديهما. إذ العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها.

ب- نفاذ التصرفات المالية: ذهب بعض الفقهاء إلى أن الحوالة تصح من المحجور عليه لفلس بشريطتين: إذن القاضي، وعدم ظهور دائن آخر. وعليه بعض الشافعية. ولكنهم ضعفوه؛ لأن الحجر لحق الغرماء بعامة، وقد يكون ثم دائن آخر في الواقع ونفس الأمر. والرأيان يردان في حوالة السفيه بإذن وليه، إلا أن القول بالجواز هنا في حالة الحجر للسفه أقوى، حتى لقد قطع به إمام الحرمين. ويرى كثير من الفقهاء أن الإجازة اللاحقة لتصرف السفيه كالإذن السابق. ومن هؤلاء الحنفية، والمالكية. فإذا كان الدين على اثنين فأحالا به، وأحدهما نافذ التصرف والآخر بخلافه - أو كانا هما المحال عليهما معا، وأحدهما غير نافذ التصرف - فيجري فيه الخلاف المعروف في نتيجة تفريق الصفقة.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٦)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٣٦٠)، ومجمع الأنهر (٢/ ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٦)، والخرشي على خليل (٤/ ٢٠٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٣٢٦)، وشرح منح الجليل (٦/ ١٨٠)، ومغني المحتاج (٢/ ١٤٨، ١٧٢)، والمهذب (١/ ٣٣٧ - ٣٣٨)، والفروع (٢/ ٦٢٦).

(١) سقط في أ.

(٢) رضا المحال، والمحال عليه، مختلف في اعتبارهما من شرائط الانعقاد، أو من شرائط النفاذ؟

أولا: رضا المحيل: ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى اشتراط رضا المحيل، وعللوه بأنه مخير في جهات قضاء الدين، فلا تتعين عليه جهة قهرا، كجهة الدين الذي له على المحال عليه.

واشترط الحنفية أن تقع الحوالة عن رضا من المحيل؛ لأنها إبراء فيه معنى التمليك، فيفسدها الإكراه كسائر التمليكات. وفي اشتراط رضاه اختلاف بين روايتي القدوري والزيادات: ووجه رواية القدوري الموجبة: أن ذوي المروءات قد يأنفون من أن يحمل عنهم أحد شيئًا من ديونهم، فلا بد من رضاهم، ثم يطرد الباب كله على وتيرة واحدة. ووجه الرواية الصحيحة النافية: أن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه، والمحيل لا يلحقه به ضرر، بل فيه نفعه عاجلا وآجلا: أما عاجلا؛ فلأنه سيكفي المطالبة بدينه في الحال، وأما آجلا؛ فلأن المحال عليه لا يرجع عليه إن لم يكن بأمره قد قبل حوالة دينه، فلم يبق معنى لاشتراط رضاه. لكن كثيرا من محققي المذهب لا يرون أن هناك في الحقيقة خلافا: فإن القدوري لم يوجب رضا المحيل لنفاذ عقد الحوالة، بل ليسقط بالوفاء دين المحيل في ذمة المحال عليه - إن كان - وليرجع هذا =

. . . .

= إلى المحيل بما أدى عنه إن لم يكن مدينا له. فإنه لا رجوع على المحيل ولا سقوط لدينه ما لم يرض.

ثانيا: رضا المحال: ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية إلى وجوب رضا المحال للمعنى نفسه الآنف في رضا المحيل؛ ولأن الدين حقه، فلا ينتقل من ذمة إلى ذمة إلا برضاه، إذ الذمم تتفاوت يسارا وإعسارا، وبذلا ومطلا، وتتأثر بذلك قيمة الدين نفسه، ولا سبيل إلى إلزامه بتحمل ضرر لم يلتزمه.

واشترط أبو حنيفة، ومحمد أن يكون هذا الرضا في مجلس العقد، حتى إذا كان غائبا عن المجلس ثم بلغه خبر الحوالة فأجازها، لم تنفذ الحوالة، لأنها لم تنعقد أصلا؛ إذ إن رضا المحال عندهما ركن في انعقادها. أما عند أبي يوسف فيكتفى منه بمجرد الرضا، أينما كان ولو خارج مجلس العقد، فيكون شريطة نفاذ.

وأما الحنابلة فلا يوجبون رضا المحال، إلا على احتمال ضعيف عندهم. بل يجبر المحال على القبول، إذا كان المحال عليه مليئا غير جاحد ولا مماطل. وقال بعض الحنابلة: يستغنى بتاتا عن قبول المحال، فإن قبل فذاك، وإن لم يقبل فلا بأس، والحوالة نافذة برغمه.

قال صاحب الإنصاف: في رواية عن الإمام أحمد: لا يبرأ المحيل إلا برضا المحال. فإن أبى أجبره الحاكم، لكن تنقطع المطالبة بمجرد الحوالة. وقيل: يتوجه أن للمحال مطالبة المحيل قبل إجبار الحاكم.

ومبنى الروايتين: أن الحوالة هل هي نقل للحق، أو تقبيض؟ فإن قلنا: هي نقل للحق، لم يعتبر لها قبول. وإن قلنا: هي تقبيض، فلا بد من القبض بالقول، وهو قبولها. فيجبر عليه المحال.

واستدل الحنابلة بظاهر حديث أبي هريرة عند الجماعة: قال ﷺ: «مطل الغني ظلم»، و«إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع». ويفسره لفظ أحمد وابن أبي شيبة: «ومن أحيل على مليء فليحتل». فقد أمر صلوات الله عليه الدائن بقبول الحوالة، أو الالتزام بمقتضاها، والأمر بأصل وضعه للوجوب، وليس هنا ما يصرفه عن هذا الأصل.

كما استدلوا بالمعقول: فإن الدائن الذي يهيئ له مدينه مثل دينه عدا ونقدا من يد أخرى فيأبى أن يأخذه، ويصر على أن ينقده إياه مدينه بالذات، لا يكون إلا متعنتا معاندا.

ثالثا: رضا المحال عليه:

ذهب جمهور الفقهاء (الحنابلة، والمالكية في المشهور عندهم، والشافعية في الأصح) إلى أنه لا يشترط رضا المحال عليه؛ لقول الرسول ﷺ: «من أحيل على مليء فليتبع» ولم يقل: على مليء راض. ولأن الحق للمحيل، فله أن يستوفيه بغيره، كما لو وكل غيره بالاستيفاء.

وذهب الحنفية في المشهور عندهم إلى اشتراط رضا المحال عليه، سواء أكان مدينا أم لا، وسواء أتساوى الدينان أم لا؛ لأن الناس يتفاوتون في تقاضي ديونهم رفقا وعنفا، ويسرا وعسرا، فلا يلزم من ذلك بما لم يلتزمه. وقياسا على المحال، فإن المحال عليه مثله في أنه =

وأما رضا من عليه الدين وأمره فليس بشرط قبول الحوالة من غيره، حتى إن من قال لغيره: إن لك على فلان كذا وكذا من الدين[١] . . . .

= طرف في الحوالة لا تمام لها بدونه فليكن مثله في اشتراط رضاه.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٦)، فتح القدير (٥/ ٤٤)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٢٨٩)، وحاشية الخرشي على خليل (٤/ ٢٣٢)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٩٩)، ومغني المحتاج (٢/ ١٩٢، ١٩٣)، والمهذب (١/ ٣٣٧، ٣٣٨)، والمغني، لابن قدامة (٥/ ٥٨)، الفروع (٢/ ٦٢٦)، والإنصاف (٥/ ٢٢٨)، وقواعد ابن رجب، ص (٣٢).

(١) صرح المالكية، والشافعية، والحنابلة بأن من شروط الحوالة، أن يكون المحيل مدينا للمحال ولو بدين حوالة سابقة، أو دين كفالة، أو بدين مركب من هذا كله أو بعضه. وعللوه بأن ليس من المتصور حوالة دين لا وجود له. ويثبت الدين بطرق الإثبات المقررة فقها، وينص المالكية على الاكتفاء بإقرار المحال بثبوته.

واشترط الحنفية أن يكون المحيل مدينا للمحال. وإلا كانت الحوالة على مدين وكالة بالقبض، أو هبة دين، أو بيع دين من غير من هو عليه، وهذه الهبة وهذا البيع باطلان عندهم.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٨١)، وحاشية الخرشي على خليل (٤/ ٢٣٣)، ومغني المحتاج (٢/ ١٩٨)، ونهاية المحتاج (٤/ ٤١٠)، والمغني، لابن قدامة (٥/ ٥٦، ٦١ و٦٩)، ونيل المآرب (١/ ٣٨٢).

ويشترط في المال المحال به عند الحنفية أن يكون دينًا لازما. قياسا على الكفالة: بجامع أن كلا من الكفالة والحوالة عقد التزام بما على مدين. فالأصل أن كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة، وما لا فلا. ومقتضى ذلك ألا تصح حوالة الزوجة بنفقتها المفروضة - بالقضاء أو بالتراضي- غير المستدانة، لأنها دين ضعيف يسقط بالطلاق وبموت أحد الزوجين. لكنهم نصوا على صحة الكفالة بها استحسانا. ومن قواعدهم أن كل دين تصح كفالته تصح حوالته، ما لم يكن مجهولا. وإذن فتصح حوالة دين النفقة هذا، بل تصح بالنفقة غير المفروضة- رغم أنها تسقط بمضي شهر - إذا تمت الحوالة قبل سقوطها، وإلا فلا تصح، لأنهم كذلك قالوا في الكفالة بها، وأولوا به قول من نفى صحة الكفالة بها، معللا بأنها ليست دينًا أصلا. أما مهر الزوجة فدين قوي صحيح يصدق عليه أنه لا ينقطع استمرار وجوبه إلا بالأداء أو الإبراء، وإن أمكن أن يعرض له ما يبطل حكم العقد نفسه، كالطلاق المنصف للمهر قبل الدخول، فتصح الحوالة بالمهر بلا نزاع. وأما دين الزكاة، فليس دينًا حقيقة بالمعنى الخاص من كل وجه - ولذا لا يستوفى من تركة المتوفى - فلا تصح الحوالة به. وهذا كله عند الحنفية، أما غيرهم فلا يشترطون اللزوم بإطلاق الفقهاء عدا المالكية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة. ومما فرعه المالكية على اشتراط اللزوم، أن الحوالة لا تصح بالدين الذي يستدينه صبي، أو سفيه ويصرفه فيما له عنه غنى؛ لأن الولي لا يقره. والذي اعتمده الشافعية، أن الشرط هو أن يكون الدين لازما، أو آيلا إلى اللزوم بنفسه: فاللازم هو الذي لا خيار فيه، =

. . . .

= والآيل إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار؛ لأن الأصل في البيع لزوم الثمن، وأن الخيار عارض في طريق اللزوم، وبزوال العارض يعود الأصل تلقائيا. ثم بمجرد الحوالة بالثمن في مدة الخيار يبطل خيار الطرفين؛ لأن تراضيهما بالحوالة إجازة للعقد الذي بنيت عليه؛ ولأن بقاء الخيار في الثمن ينافي اللزوم الذي في طبيعة عقد الحوالة. وعلى هذا، فإن الجعل المشروط للعامل في الجعالة، لا تصح الحوالة به عند الشافعية قبل تمام العمل؛ لأنه لم يلزم بعد، وقد لا يلزم قط، ثم هو إذا لزم فليس لزومه بنفسه، بل بواسطة العمل. أما الكثرة الغالبة من الحنابلة فقد جروا على عدم اعتبار هذه الشريطة أصلا. ولذا فهم مصرحون بصحة الحوالة بمال الكتابة، وبجعل العامل في الجعالة حتى قبل الشروع في العمل. ومنهم من يضيف إيضاحا لوجهة نظرهم أن الحوالة بمنزلة الوفاء. وكذلك يجيزون الحوالة بالثمن في مدة الخيار، بل هذا أولى لأنه آيل إلى اللزوم.

ثانيا: كون المال المحال به أو عليه يصح الاعتياض عنه:

أ- المال المحال به: اشترط الشافعية صحة الاعتياض عن المال المحال به، ورأوا أنها تغني عن شريطة اللزوم أو الأيلولة إليه. فما لا يصح الاعتياض عنه - كالمسلم فيه، وكل مبيع قبل قبضه، ودين الزكاة - لا تصح الحوالة به برغم لزومه. والمالكية، وجماهير الحنابلة، يصرحون بهذه الموافقة، كل على طريقته. ومما يستدل به لعدم صحة الاعتياض عن المسلم فيه حديث أبي سعيد أنه ﷺ قال: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره». لكن قالوا: إن في إسناده عطية بن سعد العوفي، قال المنذري: لا يحتج بحديثه، ويغني عنه النهي الثابت عن بيع ما لم يقبض. وقد نص بعض الحنفية على صحة ضمان المسلم فيه، ومعنى ذلك صحة الحوالة به أيضًا، إذ من قواعدهم أن كل دين صح ضمانه صحت حوالته ما لم يكن مجهولا. وصرح به السرخسي في المبسوط، كما صرح به بعض الحنابلة تنزيلا له منزلة الموجود لصحة الإبراء منه. لكن الشافعية وموافقيهم يفرقون في دين السلم من حيث تصحيحهم ضمانه دون الحوالة به بأن دين السلم لا يصح الاعتياض عنه، وأن الحوالة اعتياض، لأنها بيع بخلاف الضمان. وظاهر أن كل من يجيز أخذ القيمة عن الزكاة، لا يسلم بهذا التعليل (عدم صحة الاعتياض) لمنع الحوالة بدين الزكاة، فالذي لا يرى علة مانعة أخرى يصرح بجواز الحوالة به. ومن الشافعية أنفسهم من يصرح أيضًا بصحة الحوالة بدين الزكاة، على أنها استيفاء لا بيع. والثمن في مدة الخيار تصح الحوالة به عند كثيرين، كالشافعية، والحنابلة؛ لأن الحوالة متسامح فيها استثناء؛ لأنها إرفاق. ولاعتبار هذه الشريطة نص المالكية - خلافا لأشهب - على امتناع أن يكون الدينان - المحال به، والمحال عليه - طعامين من بيع - سلم - بل هم يقتصرون على هذا القدر في صياغة هذه الشريطة؛ لأن الذي يمتنع عندهم بيعه قبل قبضه إنما هو طعام المعاوضة لا غير. (ومقتضى هذه العلة أن تمتنع عندهم أيضًا الحوالة بدين على دين، وأحدهما طعام من بيع، والآخر من قرض). وهذا هو الذي قرره أبو الوليد بن رشد. وقد جرى عليه خليل في البيوع، ولكنه جرى هنا في الحوالة على عدم امتناع هذه الصورة، متى كان =

....

=

أحد الدينين حالا - كما حكي عن مالك نفسه، وعليه عامة أصحابه عدا ابن القاسم - ركونا إلى قول - وهو جدير بأن يمثل المذهب المالكي حقا - ابن يونس: إن هذا هو الأصوب، تغليبا لجانب الدين الآخر الذي ليس بطعام معاوضة. أما ابن القاسم فلم يصححها إلا بشريطة حلول الدينين كليهما، فهو تنزيل للحلول منزلة القبض.

ب - المال المحال عليه: الذين اشترطوا صحة الاعتياض عن المال المحال عليه، هم الذين اشترطوا مثلها في المحال به، فعلى ما هناك لا تصح الحوالة برأس مال السلم، وعلى ما هنا لا تصح الحوالة عليه، وكذا المسلم فيه، وكل مبيع قبل قبضه، ودين الزكاة وإن كان عند الحنابلة- في كل من دين السلم المسلم فيه، ورأس ماله - وجه بصحة الحوالة عليه وبه. وواضح بناء هذه الشريطة على أن الحوالة بيع، وقد فرغنا من ذلك قبلا.

ثالثا: كون المال المحال به، أو عليه، مستقرا:

أ- المال المحال به:

الدين المستقر هو الذي لا يتطرق إليه انفساخ بتلف مقابله، أو فواته بأي سبب كان كتعذر المال المسلم فيه في عقد السلم. فالمهر قبل الدخول وقبل الموت، والأجرة قبل استيفاء المنفعة، أو قبل مضي المدة، والثمن قبل قبض المبيع، وما شاكل ذلك، كلها ديون لازمة يصح الاعتياض عنها، ولكنها غير مستقرة؛ لأنها عرضة للسقوط بفوات مقابلها، كردة الزوجة، وموت الأجير أو المستأجر، وتلف المبيع؛ فلا تصح الحوالة بها، وبالأولى إذا اختلت شريطة أخرى، كالثمن في مدة الخيار، لانتفاء لزومه. وهذه الشريطة يجزم بها كثير من الحنابلة وإن لم يكونوا جمهورهم، على أن بعضهم يدعي أنه الأشهر عندهم.

ب - المال المحال عليه: لم يصرح باشتراط استقراره سوى الحنابلة أيضًا نقلا عن نص أحمد، وفي التفريع على ذلك يقول ابن قدامة: (دين السلم ليس بمستقر، لكونه بعرض الفسخ، لانقطاع المسلم فيه) ثم يقول: (وإن أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح؛ لأنه غير مستقر، وإن أحالها الزوج به صح؛ لأن له تسليمه إليها، وحوالته به تقوم مقام تسليمه، ولا يظهر لهذه الشريطة وجه وجيه في المحال به، ما دام المدين يملك حق إيفاء دينه قبل استقراره، كما سنرى في كلام ابن قدامة المقدسي الذي سننقله قريبا في المال المحال عليه، وفي كلام المجد بن تيمية. وإن أحالت به بعد الدخول، صح؛ لأنه مستقر، وإن أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار، لم يصح في قياس ما ذكر، وإن أحاله المشتري به، صح؛ لأنه بمنزلة الوفاء، وله الوفاء قبل الاستقرار. ويلحظ هنا أن ابن قدامة في كلامه هذا يجري على عدم التفريق بين الدين غير اللازم كمال الكتابة، والثمن في مدة الخيار، وبين الدين اللازم غير المستقر كدين السلم، والمهر قبل الدخول، كما أنه جرى على عدم اشتراط الاستقرار إلا في الدين المحال عليه دون المحال به، فصحح إحالة الزوج لزوجته بمهرها قبل الدخول، ومنع الإحالة منها عليه؛ لأن له الإحالة به، حيث يصح منه التسليم. ومع ذلك ففي الحنابلة من ينازع في اعتبار هذه الشريطة، فالمجد بن تيمية في «المحرر» لم يستثن من

=

فأحل به علي[١]، ورضي بذلك صاحب الدين، صحت الحوالة، فإن أدى المال لا يرجع بذلك على الذي عليه الأصل وبرئ الذي عليه الأصل كما في الحوالة بالأمر.

وأما حكم الحوالة فنقول: حكم الحوالة براءة المحيل وتتوجه المطالبة على المحتال عليه عند علمائنا الثلاثة.

والحوالة في حق براءة الأصيل تخالف الكفالة، فإن الكفالة لا توجب براءة الأصيل، ثم إن بعض مشايخنا - رحمهم الله - ذكروا في شروحهم: أن أبا يوسف ومحمدا - رحمهما الله - اختلفا فيما بينهما أن الحوالة توجب براءة الأصيل عن المطالبة والدين جميعًا أو عن المطالبة دون الدين.

فذكروا: أن على قول أبي يوسف - رحمه الله - يوجب براءة الأصيل عن المطالبة والدين، وعلى قول محمد - رحمه الله - يوجب براءة الأصيل عن المطالبة

= الديون التي تصح الحوالة بها وعليها سوى دين السلم - فمنع الحوالة به وعليه - وهذا الذي استثناه منازع في منعه عندهم: فقد حكى صاحب الإنصاف صحة الحوالة بدين السلم وعليه مطلقا.

رابعا: كون المال المحال عليه ناشئا عن معاوضة مالية:

وهذه الشريطة شريطة لزوم. فالذي يخالع زوجته على مال، ثم يحيل على هذا المال، فتموت الزوجة ولو موسرة قبل أن يقبضه المحال، أو تفلس - كما استظهروه - يكون للمحال الرجوع عليه بدينه. هذه حوالة صحيحة ولازمة ابتداء، ولكنها قد تتحول عن هذا اللزوم. هكذا قرره ابن المواز من المالكية. والمالكية أنفسهم مترددون في قبوله ولو قبل فليس منافيا للزوم العقد، بل عقد الحوالة لازم مالم يوجد ما يقضي التخيير فيه كعقد البيع، فإنه لازم بعد مدة الخيار، وقد يلحقه بعد ذلك خيار العيب.

ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٢٣)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٢٥١، ٢٦٣)، ومجلة الأحكام العدلية مادة (٦٨٨)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٢٦٣)، والمبسوط (٢٠/ ٤٧)، وحاشية الخرشي على خليل (٤/ ٢٣٣)، وبداية المجتهد (٢/ ٣٠٠)، ومغني المحتاج (٢/ ١٩٤)، وحاشية البجيرمي على المنهج (٣/ ٢١)، والباجوري على ابن قاسم (١/ ٣٩٢)، والأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (١٥١)، والنهاية على المنهاج وحواشيها (٤/ ٤١٠، ٤١١)، والإنصاف (٥/ ٢٢٥)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٥، ٣٢٦)، والفروع (٢/ ٦٢٤، ٦٢٥)، والمغني، لابن قدامة (٥/ ٥٥، ٥٦).

(١) زاد في أ: فلان.

دون الدين.

قالوا: وثمرة الخلاف تظهر في فصلين:

أحدهما: أن [المحتال][(١)] له إذا أبرأ المحيل عن الدين بعد الحوالة على قول أبي يوسف: لا يصح إبراؤه؛ لأن عنده المحيل قد برئ عن الدين بالحوالة والإبراء لم يصادف محله.

قالوا: وأورد محمد - رحمه الله - في الكتاب مسألتين ليحتج بهما على قول أبي يوسف - رحمه الله - :

أحدهما: أن المحيل إذا أدى دين المحتال له لا يكون متطوعًا، ويجبر المحتال على القبول، ولو برئ عن الدين، لكان متطوعًا حتى [إنه][(٢)] لا يجبر على القبول كما لو أداه الأجنبي.

الثانية: أن المحيل لا يصلح وكيلاً عن المحتال له بقبض الدين من المحتال[(٣)] عليه؛ وإنما لا يصلح[(٤)]؛ لأن الدين باق في ذمة المحيل، والمحتال بالقبض [يعمل لتفريغ ذمته][(٥)]، والإنسان فيما يعمل لنفسه لا يصلح وكيلاً عن غيره.

وأبو يوسف - رحمه الله - يعترض عن الفصل الأول ويقول: المحيل بالحوالة وإن برئ عن الدين، ولكن براءة مؤقتة، وبالأداء يستفيد براءة مؤبدة، فكان ذا حظ في هذا الأداء فلا يكون متطوعًا، ويعتذر عن الفصل الثاني ويقول: إنما لا يصلح وكيلاً؛ لأنه يعمل لنفسه باستفادته براءة مؤبدة لا باستفادة[(٦)] أصل البراءة. والله أعلم بالصواب.

الفصل الثاني: الراهن إذا أحال المرتهن بالدين على إنسان، كان للراهن أن يسترد

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: المحيل.
(٤) في أ: يصح.
(٥) في أ: بالعمل يعمل لنفسه.
(٦) في أ: باستفادته.

الرهن منه عند أبي يوسف - رحمه الله - كما لو أبرأه منه، وعند محمد - رحمه الله - ليس له [ذلك](١) كما لو أجل الدين.

وفي شرح الزيادات ذكرت الخلاف في مسألة الرهن على عكس ما ذكرت هاهنا، فأحلته إلى النوادر.

وعن بعض المشايخ - رحمهم الله - أن في مسألة الرهن عند محمد - رحمه الله - روايتين، وبعض مشايخنا أنكروا هذا الخلاف وقالوا: لم ينقل إلينا عن محمد - رحمه الله - نص أن الحوالة لنقل المطالبة دون نقل الدين، إلا أن محمدًا - رحمه الله - ذكر في الكتاب أحكامًا متشابهة، واعتبر الحوالة في حق بعض ما أحيل، وجعل المحول بها المطالبة دون الدين، واعتبرها في بعض الأحكام وجعل المحول بها المطالبة والدين.

وإنما فعل هكذا؛ لأن اعتبار حقيقة اللفظ توجب نقل المطالبة والدين؛ لأن الحوالة مبنية على النقل، وقد أضيفت إلى الدين واعتبار المعنى يوجب نقل المطالبة؛ لأن الحوالة تأجيل معنى.

ألا ترى أنه إذا مات المحتال عليه مفلسًا، يعود الدين إلى ذمة المحيل وهذا هو معنى التأجيل، والعمل بالحقيقة والمعنى متعذر في كل حكم واعتبر الحقيقة في حق بعض الأحكام فقال: لا يصح إبراء المحتال له [ما](٢) على المحيل، ولا يصح هبة المحتال له الدين من المحيل(٣).

[وأن المحيل إذا نقد المحتال ما له بعد الحوالة](٤)، يجبر المحتال له على القبول.

وإذا وكل المحتال له المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يجوز.

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في أ.
(٣) زاد في أ: له.
(٤) سقط في أ.

وإذا أبرأ المحتال له المحتال عليه من الدين، فالمحتال عليه لا يرجع على المحيل وإن كانت الحوالة بأمره، ولو وهب الدين من المحتال عليه، رجع على المحيل إن لم يكن للمحيل عليه دين يقضى، وصار الجواب في حق المحتال عليه كالجواب في حق الكفيل، فإذا أبرأ المحتال له المحتال عليه لا يرتد إبراؤه برد المحتال عليه.

وإذا وهب الدين من المحتال عليه ترتد هبته برده كهبة الدين من الكفيل وإبرائه.

ولو كانت الحوالة لنقل الدين والمطالبة، كان الإبراء والهبة في حقه على السواء ويرتد برده كما في حق الأصيل، والله أعلم.

* * *

الفصل الثاني
في بيان أنواع الحوالة

يجب أن يعلم بأن الحوالة نوعان: مطلقة ومقيدة.

[فالمقيدة](١): أن يقيد المحيل الحوالة بالدين الذي له على المحتال عليه، وبالعين الذي له في يد المحتال عليه بالغصب أو بالوديعة(٢).

والمطلقة: أن يطلق الحوالة إطلاقًا أو يرسل [لها](٣) إرسالًا ولا يقيدها بالدين الذي له على المحتال عليه، ولا بالعين الذي له في يد المحتال عليه، أو يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين.

وأما المطلقة: **فالحالة منها**: أن يحيل المديون الطالب على رجل بألف درهم فيجوز، وتكون الألف على المحتال عليه حالة؛ لأن الحوالة لتحويل الدين من الأصل، وإنما يتحول على الصفة التي كانت على الأصيل قبل أن يؤدي، ولكن إذا لوزم فله أن يلازم الأصيل، وإذا حبس كان له أن يحبس الأصيل حتى يخلصه عن ذلك كما في الكفيل، وإذا أدى يرجع على الأصيل بما أدى.

---

(١) سقط في أ.

(٢) يقسم فقهاء الحنفية الحوالة إلى نوعين:
الأول: حوالة مقيدة: وهي ما قيد الوفاء فيها بما للمحيل لدى المحال عليه من دين، أو عين، فهي تفترض أن يكون المحال عليه مدينًا للمحيل، أو واضعًا يده على عين مملوكة له.
الثاني: حوالة مطلقة: وهي ما لا يشترط فيها أن يكون للمحيل مال لدى المحال عليه، فقد يكون المحال عليه مدينًا، أو غير مدين، وإذا كان مدينًا فلا يقيد الوفاء بما للمحيل عليه، وكلا النوعين جائز عند الحنفية. ويقول بالحوالة المطلقة ابن الماجشون من المالكية، وقول مرجوح عند الشافعية.
وأما عند جمهور الفقهاء فالحوالة عندهم مقيدة دائمًا، وذلك لأنهم يشترطون في الحوالة أن يكون المحال عليه مدينًا للمحيل.
ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٦)، شرح فتح القدير (٧/ ٢٤٦)، تبيين الحقائق (٤/ ١٧٣)، المنتقى، للباجي (٥/ ٦٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٤)، المغني مع الشرح الكبير، لابن قدامة (٥/ ٥٤، ٥٥).

(٣) سقط في أ.

وأما المطلقة المؤجلة: رجل له على رجل ألف درهم من ثمن بيع إلى سنة، فأحال بها على رجل إلى سنة فالحوالة جائزة، والمال على المحتال عليه إلى سنة؛ لأنه قبل لذلك.

ولم يذكر محمد - رحمه الله - في الأصل ما إذا حصلت الحوالة مبهمة، هل يثبت الأجل في حق المحتال عليه؟ قالوا: وينبغي أن يثبت كما في الكفالة.

وهذا؛ لأن المحتال عليه متحمل عن الأصيل وما[١] على الأصيل دين مؤجل فيجب على المحتال عليه كذلك.

إن مات الذي عليه الأصل لم يحل المال على المحتال عليه؛ لأن حلول الأجل في حق الأصيل استغناء عن المؤجل بموته، وهذا المعنى لا يؤتى في حق المحتال عليه؛ لأنه حي محتاج إلى الأجل، فالأجل[٢] في حقه إنما يحل تبعًا لحلوله على الأصيل ولا وجه إليه؛ لأن الأصيل برئ عن الدين بالحوالة، فالتحق بسائر الأجانب.

وإن مات المحتال عليه قبل حلول الأجل، والذي عليه الأصل[٣] حي حل[٤] المال عليه؛ لأنه بالموت استغنى عن الأجل، فإن لم يكن له وفاء، رجع المحتال له بالمال على الذي عليه الأصل إلى أجله.

فإن سقط حكمًا للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الأجل، وكان بمنزلة ما لو باع المديون بدين مؤجل عبدًا من الطالب، ثم استحق العبد عاد الأجل؛ لأن سقوط الأجل كان بحكم البيع وقد انتقض البيع، كذا هاهنا.

وإن كان المال حالًّا على الذي عليه الأصل من قرض وأحاله بها على رجل إلى

---

(١) في أ: وإنما يتحمل على الأصيل و.
(٢) في أ: لو حل الأجل.
(٣) في أ: حال.
(٤) سقط في أ.

سنة فهو جائز، وإن كان هذا تأجيلاً في القرض؛ لأن المال يجب على المحتال عليه بحكم الحوالة [لا][(١)] بالقرض، والتأجيل في الحوالة جائز، فكان بمنزلة ما لو أجل الطالب الكفيل بالقرض فإنه يجوز؛ لأن المال يجب على الكفيل [بعقد][(٢)] الكفالة لا بالقرض، فالواجب بالكفالة يقبل الأجل.

وإن مات المحتال عليه قبل مضي الأجل مفلسا، عاد المال إلى المحيل حالًا.

وكذا لو كان المال حالًّا على الذي عليه الأصل من ثمن بيع أو غصب، وأحاله بها [على][(٣)] رجل إلى سنة ومات المحتال عليه قبل مضي الأجل مفلسا، فإنه يعود المال إلى المحيل حالا.

وأما الحوالة المقيدة فنوعان:

مقيدة بالعين الذي في يد المحتال عليه، ومقيدة بالدين الذي على المحتال عليه[(٤)]، وصورتها:

رجل له عند رجل ألف درهم وديعة أو غصبًا وعلى صاحب الوديعة أو الغصب لرجل ألف درهم دينًا أحال صاحب الوديعة الطالب على المودع [أو الغاصب][(٥)]، بالألف على أن يعطيه من الألف التي هي له عنده وديعة أو غصبًا، فليس للمحيل أن يأخذ ذلك من المحتال عليه بعد الحوالة؛ لأن المحتال له إنما رضي بنقل حقه إلى المحتال عليه بشرط أن يوفي حقه بما في يده، ولأن الحوالة إذا قيدت بها تعلق بها حق المحتال وهو حق استيفاء الدين منها وأخذ المحيل يبطل هذا الحق ولا يمكن.

فإن دفعها المودع إلى المحيل صار ضامنا لها؛ لأنه استهلك محلا تعلق به حق المحتال[(٦)].

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) زاد في أ: وأما المقيدة بالدين الذي في يد المحتال عليه.
(٥) سقط في أ.
(٦) زاد في أ: عليه.

ولو كانت الحوالة مطلقة غير مقيدة بالوديعة والغصب، فليس للمودع والغاصب أن يؤدي دين المحتال له من الوديعة والغصب، وللمحيل أن يأخذ الوديعة والغصب من يد المحتال عليه.

بخلاف ما إذا كانت الحوالة مقيدة، فإن أخذ المحيل من مال المحتال عليه، ثم إن المحتال له أخذ ماله من المحتال عليه، كان للمحتال عليه أن يرجع على المحيل؛ لأنه قبل الحوالة لأمره وأدى فكان له الرجوع.

وأما الحوالة المقيدة بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه وصورتها: رجل له على رجل ألف درهم، أحال المطلوب الطالب بالألف على رجل للمطلوب عليه ألف درهم دينًا على أنه يؤديها من الألف التي للمطلوب عليه فإنها جائزة.

فإن مات المحيل في هاتين الصورتين وهما[١]: ما إذا كانت الحوالة مقيدة بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه أو بالعين الذي في يد المحتال عليه، فالمحتال[٢] لا يكون أخص بذلك المال استحسانًا.

فرق بين المحيل وبين الراهن قال: الراهن لو مات وعليه ديون كثيرة، فالمرتهن يكون أخص بالمرهون.

فالفرق: أن العين الذي في يد المحتال عليه للمحيل، والدين الذي للمحيل على المحتال عليه لم يصر مملوكًا للمحتال عليه بعقد الحوالة لا يدا وهو[٣] ظاهر، ولا رقبة [لأن][٤] الحوالة ما وضعت للتمليك، إنما وضعت للنقل وهذا المعنى يشمل الصورتين.

ومعنى آخر [لا][٥] يشمل الصورة الأولى أن تمليك الدين من غير من عليه الدين

---

(١) في أ: وهي.
(٢) زاد في أ: له.
(٣) في أ: وإنه.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.

لا يجوز، ولكن بالحوالة يثبت للمحتال[١] له الدين على المحتال عليه مع بقاء دين المحيل وعينه على ملكه، إلا أن المحيل لا يملك أخذ ذلك الدين من المحتال عليه لما ذكرنا من المعنيين في الصورة الأولى؛ لا؛ لأن [ما للمحيل][٢] على المحتال عليه صار مملوكًا للمحتال له.

وبه فارق المرتهن؛ لأن المرتهن ملك المرهون يدًا وحبسًا ويثبت له نوع اختصاص بالمرهون [«شرعًا»][٣] لم يثبت لغيره، فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه.

فأما المحتال له فلم يملك ذلك الدين، بل بقي على ملك المحتال عليه فيكون بين غرماء المحيل.

و[إذا][٤] أخذ المحتال له حصته لا يكون للمحتال له أن يرجع على المحتال عليه ببقية دينه؛ لأن الحوالة كانت مقيدة بذلك الدين، ولم يبق شيء من ذلك.

وإذا وقعت الحوالة مقيدة بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه، أو بالعين من الذي في يده من غصب أو وديعة، ثم إن المحتال له أبرأ المحتال عليه من دينه، صح الإبراء، وكان للمحيل أن يرجع على المحتال عليه بدينه.

ولو وهب المحتال له دينه من المحتال عليه، أو مات المحتال له وورثه المحتال عليه، لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه بدينه.

والفرق بينهما: أن الهبة من أسباب الملك، والإرث كذلك، فيملك المحتال عليه ما في ذمته بالهبة، فيعتبر كما[٥] لو ملكه بالأداء، ولو ملكه بالأداء، لا يرجع المحيل على المحتال عليه بدينه؛ لأنه لو رجع عليه بدينه كان للمحتال عليه أن يرجع عليه بمثل ذلك؛ لأنه قبل الحوالة بأمره وأدى بأمره، فلا يفيد الرجوع، كذا هاهنا.

---

(١) في أ: بالمحيل.
(٢) في أ: المجيل.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: بما.

وأما الإبراء فليس من أسباب الملك، بل هو موضوع للإسقاط فلم يملك المحتال عليه ما في ذمته بالإبراء، ولكن بالإبراء خرج المحتال عليه عن ضمانه للمحتال له [دينه][(١)] وهو الشاغل، فكان له أن يرجع بذلك عليه.

فإن وقعت الحوالة مطلقة غير مقيدة، فمات المحتال له وورثه المحيل ينظر: إن كانت الحوالة بغير أمر الأصيل، يرجع المحيل على المحتال عليه، فكان للمورث حق الرجوع على المحتال عليه حال حياته فكذا الورثة بعد موته.

ولو كانت الحوالة بأمر المحيل وباقي المسألة بحالها لا يكون للمحيل حق الرجوع على المحتال عليه بحكم الإرث، وكان للمحتال عليه أن يرجع بمثل ذلك عليه؛ لأن في الحوالة بالأمر إذا أدى للمحتال ورجع على الأصيل فلا يكون مفيدًا، وهذا المعنى لا يتأتى فيما إذا كانت الحوالة بغير أمر المحيل.

فلو[(٢)] كان مكان الحوالة كفالة، بأن كفل رجل عن رجل بغير أمر المكفول عنه، ثم مات المكفول له وورثه المكفول عنه، لا يكون للمكفول عنه أن يرجع على الكفيل بالمال. بخلاف الحوالة.

فالفرق: أن الكفالة لا توجب براءة الأصيل، وبالإرث يملك ما في ذمة المحتال عليه لورثته[(٣)] أو تقوم مقامه في المطالبة والاستيفاء إذا كان الاستيفاء مفيدًا.

وإذا كانت الحوالة بغير أمر فالاستيفاء مفيد على ما مر، فلهذا افترقا.

فإذا وقعت الحوالة مقيدة بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه فمرض، ثم أدى المحتال عليه ذلك إلى المحتال، ثم مات المحيل وعليه ديون كثيرة ولم يترك شيئًا سوى [الألف][(٤)] الذي كان له على المحتال عليه، سلم المؤدى للمحتال له، فلا يكون لغرماء المحيل على ذلك سبيل؛ لأن المؤدى حق المحتال عليه لما عرف

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: ولو.
(٣) في أ: الورثة.
(٤) سقط في أ.

أن الديون تقضى بأمثالها ولا حق لغرماء المحيل في مال المحتال عليه، ويؤخذ بألف أخرى من المحتال عليه، ويقسم بين غرماء المحيل عليه، كأحدهم؛ لأن المحتال عليه قضى المحتال(١) من مال نفسه بأمر المحيل، فاستوجب الرجوع على المحيل، وللمحيل على المحتال عليه مثل ذلك، فوقعت المقاصة بينهما، وصار المحتال عليه مستوفيًا ما وجب على المحيل بحكم المقاصصة في مرض المحيل ولا يسلم المستوفى بل يكون بين جميع غرماء المحيل كما لو استوفى حقيقة.

فإن قيل: دين عليه آخر الدينين وآخر الدينين يجعل قصاصًا لهما فيجعل المحيل مقتضيًا(٢) والمريض إذا قبض دينا وجب له على الغير ومات لا يكون لغرماء المريض على ذلك الغير سبيل.

قلنا: المريض إذا اقتضى دينًا، وجب له على الغير سبيل؛ لأن المريض نقل حق الغرماء عما كان في ذمة ذلك الغير إلى ما قبض؛ لأن حق الغرماء يتعلق بالمقبوض وللمريض ولاية النقل فخلت ذمة المديون عن حق الغرماء، فلا يكون للغرماء بعد ذلك سبيل.

وفي مسألتنا: وإن جعل المحيل مقتضيًا ولكن بهذا الاقتضاء لا يصير ناقًلا حتى الغرماء عما وجب في ذمة المديون إلى المقبوض؛ لأن حق غرماء المحيل لا يثبت فيما قبضه المحيل بطريق المقاصة فلا يكون ناقلاً حقهم بل يكون قاطعًا يدهم مبطلاً حقهم، وليست له هذه الولاية، فيبقى حق غرماء المحيل في ذمة مديونه كما كان، فكان لهم حق المشاركة مع مديونه لهذا، وصار كرجل له على امرأة دين تزوجها في مرضه بذلك الدين وهو مهر مثلها، ثم مات وعليه ديون كثيرة، فلا تختص المرأة به، بل تكون أسوة الغرماء.

وإن صار الزوج مقتضيًا ومستوفيًا ما عليها؛ لأن بهذا الاقتضاء لم ينقل حق

---

(١) في أ: المحيل.
(٢) في أ: منتقصا.

غرمائه عما وجب في ذمتها إلى المستوفى بالمقاصة، كذا هاهنا.

ولو كانت الحوالة مقيدة بالألف التي هي وديعة للمحيل عند المحتال عليه والمسألة بحالها، فدفعها المحتال عليه إلى المحتال له، فلا ضمان على المحتال عليه؛ لأنه أمين سلم إلى من أمر المالك بتسليمها إليه.

ولكن لغرماء المحيل أن يشاركوا المحتال له فيما قبض، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن المقبوض هاهنا خالص ملك المحيل، وفي المسألة الأولى المقبوض خالص ملك المحتال عليه. والله أعلم.

* * *

الفصل الثالث
في عود الدين إلى ذمة المحيل

إذا مات المحتال عليه، إن لم يترك وفاء، ولا كفيلاً بمال، عاد الدين إلى ذمة المحيل عندنا؛ هذا؛ لأن المحتال له إنما رضي بنقل الدين أو المطالبة على حسب ما اختلفوا فيه من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه بشرط سلامة الدين في[1] ذمة المحتال عليه، ولم يسلم له هذا الشرط لما مات المحتال عليه ولم يترك مالاً ولا كفيلاً بالمال. فلو لم تعد المطالبة أو الدين إلى المحيل لتضرر به المحتال له.

وإن جحد المحتال عليه الحوالة، ولم يكن للمحيل بينة حاضرة على ذلك، وحلف المحتال عليه فحلف، فعلى ظاهر الرواية يعود الدين إلى المحيل.

وروي عن محمد - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه لا يعود.

إذا فلسه القاضي وأخرجه من السجن، فعلى قول أبي حنيفة، وأبى يوسف - رحمة الله عليهما - الأول: لا يعود إلى ذمة المحيل، وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد - رحمه الله - يعود.

وإن مات المحتال عليه وبالمال كفيل عنه بأمره أو بغير أمره، لا يعود الدين إلى ذمة المحيل؛ لأنه ترك من يؤدي عنه ولو ترك ما يؤدي به، لا يعود الدين إليه، فكذا إذا ترك من يؤدي عنه.

ولو مات المحتال عليه ووقع الاختلاف بين المحتال له والمحيل، فقال المحتال له: إنه مات مفلسًا وعاد ديني إلى المحيل.

وقال المحيل: لا بل مات عن وفاء، ولم يعد الدين إليَّ، فالقول قول المحتال له؛ لأنه متمسك بالأصل، فإن الفقر أصل في بني آدم، وعلى المحيل البينة.

فإن قيل: المحتال له يتمسك بهذا الأصل بدعوى عود الدين إلى ذمة المحيل معنى، والمحيل بدعوى الوفاء ينكر ذلك معنى، والعبرة في الدعاوى والإنكار

(١) في أ: من.

للمعنى لا للصورة.

هذا كما قالوا: فيمن أوصى لفقراء بني فلان وجاء واحد من بني فلان وقال: أنا فقير، وقالت الورثة: إنه غني، فالقول قول الورثة.

وإن كان قول الموصي [به دعوى بالأصل][(١)] على الورثة، والورثة ينكرون ذلك، والجواب هنا هكذا إذا لم يكن المتمسك بالأصل منكرًا معنى بوجه من الوجوه كما في مسألة الوصية. فإنه يدعي الفقر ليس يدفع شيئًا عن نفسه من حيث المعنى، إنما يدعي استحقاق الوصية لا غير، فيترجح المعنى على الصورة.

وفي مسألتنا المتمسك بالأصل وهو الطالب منكر معنى؛ لأن المحيل بدعواه أن المحتال عليه مات عن وفاء، يدعي توجه المطالبة على الورثة وإنها لم تكن ثابتة على الوارث.

وهذا دعوى على الطالب فإنه متى ثبت ذلك له لا يعود الدين إلى المحيل، والطالب بدعوى الفقر ينكر ذلك، فقد انضم إلى التمسك بالأصل الإنكار معنى، وفي مثل هذا القول قول المتمسك بالأصل. والله أعلم.

❊ ❊ ❊

(١) في أ: له.

الفصل الرابع
في بطلان الحوالة بعد وقوعها صحيحة

إذا أحال المولى غريمًا على المكاتب حوالة مقيدة ببدل الكتابة، ثم إن المولى أعتق المكاتب حتى تسقط بدل الكتابة، لا تبطل الحوالة استحسانًا، وبه أخذ علماؤنا الثلاثة، رحمهم الله.

وفي القياس تبطل الحوالة وبه أخذ زفر، رحمه الله.

وعلى هذا الخلاف، إذا باع عبدًا من رجل بألف درهم، ثم إن البائع أحال غريما على المشتري حوالة مقيدة بالثمن، فمات العبد قبل القبض حتى سقط الثمن أو رد العبد بخيار رؤية أو بخيار شرط، أو خيار عيب قبل القبض أو بعد القبض لا تبطل الحوالة.

ولو استحق العبد المبيع أو استحق الدين الذي قيد به الحوالة من جهة الغرماء، أو ظهر أن العبد المبيع كان حرًّا فتبطل الحوالة بالإجماع.

وجه القياس: أنه فات ما تعلق به الحوالة كما في فصل الاستحقاق والحرية.

وجه الاستحسان: أن ما تعلق به الحوالة لم يفت.

وبيانه من وجهين:

أحدهما: أن الحوالة تعتبر متعلقة بمثل ما أضيف إليه الحوالة من الدين متى سقط الدين بعد الوجوب بسبب فسخ المداينة لا مقصودًا [به الهبة][1] أو الإبراء، ولا تعتبر متعلقة بعين ذلك الدين إذا ظهر أن الدين لم يكن واجبًا وقت الحوالة.

أما باستحقاق المبيع، أو بظهوره حرًّا أو سقط بعد الوجوب [أو][2] مقصودًا به الهبة أو الإبراء، وقد قررنا هذا الكلام في كتاب الكفالة، فكذا في الحوالة؛ لأن كل واحد من التصرفين ينعقد تبرعًا ابتداء، وينعقد معاوضة انتهاء متى كان بأمر الأصيل.

(١) في أ: بالهبة.
(٢) سقط في أ.

الوجه الثاني: أن للحوالة المقيدة طرفين: طرف الوجوب، وطرف الاستيفاء، فطرف الوجوب يتعلق بدين واجب، أو مال موجود، وقد صادفت الحوالة دينًا [واجبًا][(١)] في هذه المسائل سوى مسألة الاستحقاق والحرية، فصحت وثبت الوجوب.

وطرف الاستيفاء وهو تعين هذا الدين بالقبض من مال المديون لم يفت، والمعتبر في بقاء الحوالة الثابتة الطرف الثاني فوجب القول بالبقاء.

بخلاف ما إذا استحق العبد أو وجد حرًّا؛ لأن طرف الوجوب هناك قد بطل؛ لأنها لم تصادف دينًا واجبًا بخلاف ما إذا هلكت الوديعة؛ لأن بهلاك الوديعة يفوت شرط البقاء لفوات ما تعين للاستيفاء.

وبخلاف استحقاق الوديعة؛ لأن باستحقاق الوديعة يفوت شرط الوجوب والاستيفاء جميعًا.

وذكر في المنتقى: عن أبي يوسف - رحمه الله - ما ذكر في الزيادات فقال: رجل باع عبدًا من رجل بألف درهم، ولم يتقابضا حتى أحال البائع غريمه على المشتري بثمن العبد، ثم مات العبد في يد البائع أو فسخ المشتري البيع فيه بالعيب بحكم أو بغير حكم، بطلت الحوالة.

وإذا لم تبطل الحوالة وأدى المكاتب بدل الكتابة إلى المحتال له، رجع بها على المولى؛ لأنه أدى دين المولى بأمره، إلا أن قبل العتق، كان لا يرجع على المولى؛ لأن للمولى عليه بدل الكتابة، فلو رجع هو على المولى عليه بمثله من بدل الكتابة، فلا يفيد الرجوع؛ هذا المعنى زال بالإعتاق فيكون له الرجوع، وإذا كانت الحوالة مقيدة بألف درهم هي وديعة في يد المحتال عليه أو غصب فهلكت الوديعة في يد المحتال عليه، لا تبطل الحوالة؛ لأن المغصوب هلك إلى خلف، وهو الضمان، والضمان يقوم مقام المضمون، وكان المغصوب قائما معنى: فما قيد به الحوالة لم

(١) سقط في أ.

يفت.

أما الوديعة هلكت لا إلى خلف؛ لأنها أمانة في الأصل، وما كان في الأصل أمانة لا يخرج بالهلاك من أن يكون أمانة، وهلاك الأمانة في يد الأمين لا يوجب ضمانًا، فما قيد به الحوالة فات صورة ومعنى.

وكذلك لو قال المودع: ضاعت الوديعة وحلف [على][(١)] ذلك بطلت الحوالة؛ لأنه بقى أمينًا بعد الحوالة، والقول في هلاك الأمانة قول الأمين، فقبل قوله.

فصار الهلاك الثابت بقوله كالثابت عيانًا.

وإن استحقت الوديعة، أو استحق الغصب، بطلت الحوالة؛ لأن بالاستحقاق يفوت شرط الوجوب والاستيفاء جميعا. والله أعلم.

❊ ❊ ❊

(١) سقط في أ.

الفصل الخامس
في المتفرقات

قال: في الجامع الصغير: رجل أحال رجلاً بألف درهم، فقبض المحتال له من المحتال عليه، ثم اختلفا فقال المحيل: هو مالي، وقال المحتال: هو مالي، فالقول قول المحيل.

واختلف المشايخ في تصوير هذه المسألة ومعناها، بعضهم قالوا: المراد من المحتال: المحتال له، ومعناه: أن المحيل يقول للمحتال: لا شيء لك، وإنما أنت وكيلي في قبض دين كان لي على فلان.

وقال المحتال له: بل كان لي عليك دين، فأحلتني به على فلان ليؤديني من الدين الذي عليه، وإنما جعل القول قول المحيل؛ لأن لفظة الحوالة قد تستعمل في نقل التصرف على سبيل التوكيل، كما تستعمل في نقل الدين.

ألا ترى أن محمدًا - رحمه الله - قال في كتاب المضاربة: إذا امتنع المضارب عن التقاضي وليس في المال ربح، لا يجبر هو على التقاضي، ولكن يقال له: أحل رب المال على الغرماء، أي: وكله بقبض الدين، وإذا كانت الحوالة مستعملة فيهما، يجب حمله على الأدنى، والتوكيل أدنى.

وقال بعضهم: المراد بالمحتال: المحتال عليه.

ومعنى المسألة: أن المحتال عليه إذا أدى الدين إلى المحتال له، وأراد الرجوع على المحيل، فقال المحيل: أنا أحلته بما كان عليك، على أن تؤدي دين المحتال له من مالي، فليس لك رجوع علي.

وقال المحتال عليه: لم يكن لك علي شيء، إنما قبلت الحوالة بأمرك، وأديت دينك، فلي أن أرجع عليك، فالقول قول المحيل؛ لأن المحتال عليه يدعي على المحيل حق الرجوع والمحيل ينكر، والصحيح هو الأول.

وقد نص محمد - رحمه الله - في كتاب الحوالة والكفالة: أن القول قول

المحتال عليه في الفصل الثاني، وإنما كان القول قول المحتال عليه في هذه الصورة؛ لأن المحيل يدعي على المحتال عليه دينًا لنفسه، والمحتال عليه ينكر، وليس للمحيل أن يحتج على المحتال عليه بقبول الحوالة؛ فإن الحوالة كما تقع وتصح إذا كان للمحيل على المحتال عليه دين وإذا كان هكذا لا يكون الإقدام على الحوالة إقرارًا منه بالدين والتقريب ما ذكرنا.

❊ ❊ ❊

فرع على الفصل الأول:

في المنتقى ووضع المسألة فيما إذا لم يقبض المحتال له فأراد المحيل أن يرجع على المحتال عليه وقال: إنما أحلته بوكالة لا بدين، لم يحكم له بذلك حتى يحضر المحتال؛ لأنه قضاء على الغائب.

وفيه أيضًا: لو أحال على غريمه وللمحتال له على المحيل دين ولم يقيد الحوالة بدينه، فله ذلك.

أحال الرجل رجلاً على رجل بمال على أن المحتال له بالخيار فهو جائز، والمحتال له بالخيار، إن شاء مضى على الحوالة، وإن شاء رجع على المحيل.

وكذلك إن أحال عليه على أن المحتال متى شاء رجع على المحيل فهو جائز، وللمحتال له الخيار أن يرجع على أيهما شاء وهو في المنتقى أيضًا.

وفيه أيضًا: رجل له على رجل ألف درهم، فأتاه يتقاضاه فقال: قد كنت أحلتك بها على فلان، وأنكر الطالب، فالقاضي يسأل المطلوب البينة على ما ادعى من الحوالة، فإن أقام البينة عليها وكان المحتال عليه حاضرًا، قبلت البينة، وإن كان المحتال عليه غائبًا، فالقاضي يسأل البينة على الطالب أنه ما[1] احتال على فلان، فإن أقام ببينة على ذلك، وقف الأمر، فلم يجعل للطالب سبيلاً على المطلوب، ولم يبرأ المطلوب من المال حتى يقدم المحتال عليه.

وإذا قدم وأقر بالحوالة، أمر القاضي الطالب باتباعه وأبرأ المطلوب، وإن أنكرها كلف المطلوب بإعادة البينة فإن الشهود غابوا أو ماتوا حلف المحتال عليه على الحوالة، فلو لم يكن للمطلوب بينة على الحوالة وسأل يمين الطالب ما احتال[2] على فلان بالمال حلف على ذلك.

هشام قال: سألت أبا يوسف - رحمه الله - عن رجل أحال رجلاً بمال على

(١) في أ: قد.
(٢) في أ: أحال.

رجل، فغاب المحتال عليه، فقال المحتال له: إن صاحبي جحد الحوالة، لا يصدق، وإن أقام البينة على أنه جحده، لا تقبل ببينته؛ لأن المشهود عليه غائب.

وفي المنتقى: رجل اشترى عبدًا بألف درهم وقبضه، ثم أحال المشتري البائع بالثمن على غريمه من المال الذي له عليه، ثم رد المشتري العبد بالعيب بقضاء، فإن القاضي يبطل الحوالة، فإن كان البائع أجل المحتال عليه إلى أجله [فإن الأجل ينتقض أيضًا][(١)].

وإن كان البائع أبرأ المحتال عليه من المال، أو وهبه له، أو اشترى منه ثوبًا وقبضه، ثم رد المشتري العبد بالعيب بقضاء أو بغير قضاء، فقد جازت الهبة والإبراء، والبائع ضامن للمال.

وكذلك لو مات العبد في يد البائع قبل القبض، وكذلك الاستحقاق بعد القبض، وقد أبرأ البائع المحتال عليه من المال أو وهبه له.

وفي واقعات الناطفي - رحمه الله - إذا أحال المديون الطالب على رجل بألف درهم أو بجميع حقه، وقبل منهم، ثم أحاله أيضًا بجميع حقه على آخر وقبل منه، صار الثاني نقضًا للأول، وبرئ الأول، وهكذا ذكر في المنتقى.

وفيه أيضًا: رجل أحال رجلاً له عليه دين على رجل، ثم إن المحتال عليه أحاله على الذي عليه الأصل، [برئ المحتال عليه الأول فإن نوى المال على الذي عليه الأصل لا][(٢)] يعود على المحتال عليه الأول.

بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا أعطى الثمن كفيلاً ثم إن الكفيل أحال البائع على إنسان، فأراد البائع أخذ المال من المشتري دون المحتال عليه، ليس له ذلك، قال: من قبل أن الحوالة بمنزلة شيء اشتراه من الكفيل ولم يقبضه، فليس له أن يأخذ الذي عليه الأصل بالمال ما دام المبيع قائمًا لم يتغير.

وفيه أيضًا: المشتري إذا أحال بالثمن على إنسان، ثم إن أجنبيًا قضاه عن

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.

المشتري، لم يكن للمحتال عليه أن يرجع بذلك على المشتري.

ولو قضاه ولم يبين، فالقول قوله.

ولو كان غائبا أو ميتا والقضاء على المحتال عليه ما لم يبين الدافع.

وفيه أيضا: رجل أحال رجلا على غريمه بألف درهم، ثم إن المحيل قال للمحتال له: كنت وكيلي أحلتك بمالي ليتقاضاه، فالقول قوله، فإن كان المحتال له غائبا وأراد المحيل أن يأخذ المال من المحتال عليه وقال: إنما أحلته لوكالة لا بدين لم يحكم له بذلك حتى يحضر المحتال له؛ لأنه قضاء على الغائب.

قال محمد - رحمه الله - في الزيادات: رجل له على رجل ألف درهم وبها كفيل، وعلى رب الدين لرجلين ألفا درهم دينًا، لكل واحد منهما ألف درهم، أحال رب الدين أحد غريميه على الكفيل حوالة مقيدة بذلك الدين، وأحال الغريم الآخر على الأصيل حوالة مقيدة بذلك الدين فهذا على وجهين:

أما إن حصلت الحوالتان على التعاقب، وإنها على وجهين:

أما إن بدأ بالحوالة على الأصيل أو بالحوالة على الكفيل.

فإن بدأ بالحوالة على الكفيل، صحت الحوالتان، أما الحوالة على الكفيل فظاهر.

وأما الحوالة على الأصيل، فلأن تأخير المطالبة على الكفيل لا يوجب تأخير المطالبة عن الأصيل ولا براءته عن الدين، فيصح تقييد الحوالة بها.

ولا تبطل الحوالة الأولى بالحوالة الثانية؛ لأن المطالبة قد تأخرت عن الكفيل بالحوالة الأولى، والحوالة الثانية قد وجدت، والمطالبة عن الكفيل متأخرة، فلا تتأخر المطالبة عن الكفيل بتأخير المطالبة عن الأصيل، فلا تبطل الحوالة بهذا.

فإذا أدى الكفيل شيئًا، لا يكون له أن يطالب المكفول عنه بما أدى؛ لأن من حجته أن يقول: لولا قبولك الحوالة لكنت أتبرأ بقبولي الحوالة، وإنما بقيت في هذه الورطة بقبولك الحوالة وكنت مختارا فيه، فلا يكون لك حق الرجوع علي، ولكن يرجع على المحيل؛ لأنه قبل الحوالة بأمره، فهو الذي أوقعه في هذه الورطة،

فوجب عليه تخليصه.

فلو أن الكفيل لم يؤد شيئًا، ولكن أدى المكفول عنه، برئ المكفول عنه بالأداء، وبرئ الكفيل عن دين الكفالة حكمًا لبراءة المكفول عنه وصارت الحوالة على الكفيل مطلقة، عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -.

وإذا أدى الكفيل إلى المحتال له، لا يكون له أن يطالب المكفول عنه ولكن يطالب المحيل.

وإن بدأ بالحوالة على الأصيل، ثم بالحوالة على الكفيل، فالحوالة على الأصيل صحيحة، والحوالة على الكفيل باطلة؛ لأن الكفيل برئ عن مطالبة المحيل حكمًا لبراءة الأصيل بالحوالة عليه، فالحوالة على الكفيل وجدت حال كونه بريئًا عن المطالبة فلم يصح.

فلو بطلت الحوالة على الأصيل بموته مفلسًا، أو بوجه من الوجوه، عادت المطالبة إلى المحيل، وإلى الكفيل، فالحوالة الماضية على الكفيل لا تعود؛ لأنها وقت وقوعها وقعت باطلة، فلا تعود إلى الصحة إلا بالاستئناف ولم يوجد.

ولو وقعت الحوالتان معًا جازتا، أما الحوالة على الأصيل فلا سبيل.

وأما الحوالة على الكفيل، فلأن الحوالة على الكفيل حصلت حال قيام الدين وتوجه المطالبة عليه.

بيانه: أن المطالبة إنما تسقط عن الكفيل حسب سقوطها عن الأصيل، وسقوط[١] المطالبة عن الأصيل حكم صحة الحوالة فتتأخر المطالبة[٢] فكانت المطالبة متوجهة على الكفيل حالة الحوالة على الأصيل، والحوالة على الكفيل حصلت مقارنة للحوالة على الأصيل، فكانت الحوالة على الكفيل حال توجه المطالبة عليه، فصحت، والله أعلم بالصواب[٣].

---

(١) في أ: وبسقوط.

(٢) في أ: الحوالة.

(٣) زاد في أ: هذا آخر الجزء الثالث يتلوه الجزء كتاب الصلح على التمام والكمال والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. تمت ثم.

كتاب الصلح[1]

هذا الكتاب يشتمل على ستة عشر فصلاً:

الفصل الأول: [في بيان أنواع الصلح.

الفصل الثاني: في بيان المواضع التي يحتاج فيها إلى قبول الصلح والتي لا تحتاج.

الفصل الثالث: في بيان ما يصلح بدلًا ومبدلًا في الصلح وما لا يصلح.

الفصل الرابع: في بيان ما يجوز من الصلح وما لا يجوز وإنه يشتمل على أنواع.

الفصل الخامس: في صلح الأب والجد والوصي.

الفصل السادس: في الصلح في السلم.

الفصل السابع: في الصلح عن الغير.

الفصل الثامن: في الصلح عن العيب.

الفصل التاسع: في الصلح على أن يحلف المدعى عليه وهو بريء من المال أو يحلف المدعي وأن على المدعى عليه ضمان المال.

---

(١) الصُّلْحُ لغة: اسم مصدر، لـ: صالحه مُصَالحة، وصِلَاحًا - بكسر الصاد-. قال الجوهري: والاسم: الصُّلْحُ، يذكّر ويؤنّث، وقد اصطلحا، وصَالَحا، واصَّالحا - مشدّد الصاد - وصلح الشيء - بضم اللام وفتحها -. ينظر: لسان العرب (٤/ ٢٤٧٩).

واصطلاحًا:

عرفه الحنفيَّةُ بأنه: عَقْدٌ وُضِعَ لرفع المناصبة.

وعرفه الشافعية بأنه: عَقْدٌ يحصل به قَطْعُ النزاع.

وعرفه المالكية بأنه: انتقال عن حَقٍّ، أو دعوى بِعِوَضٍ لرفع نزاع، أو خوف وقوعه.

وعرفه الحَنَابِلَةُ بأنه: مُعَاقَدَةٌ يتوصَّلُ بها إلى مُوَافَقَةٍ بينَ مختلفين.

والأَصْلُ فيه قبل الإجْمَاع، قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] وخبر النبي ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلَّا صُلْحًا أحلَّ حَرَامًا، أو حَرَّم حَلالًا».

ينظر: شرح فتح القدير (٨/ ٢٣)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٧٢)، شرح منح الجليل (٣/ ٢٠٠)، مواهب الجليل (٥/ ٨١)، الشرح الصغير (٤/ ٥٣٠)، أسنى المطالب (٢/ ٢١٤)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٧)، كشاف القناع (٣/ ٢٩)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٥٢٧).

الفصل العاشر: في الاستحقاق في الصلح.

الفصل الحادي عشر: فيما يشترط فيه قبض بدل الصلح في المجلس وما لا يشترط.

الفصل الثاني عشر: في الصلح عن الظلة الشارعة.

الفصل الثالث عشر: في الصلح عن الأشياء التي ليست بمال.

الفصل الرابع عشر: في مسألة الأجل وفيه بعض مسائل الإبراء.

الفصل الخامس عشر: في إقامة البينة من المدعى عليه بعد الصلح.

الفصل السادس عشر: في المتفرقات][1].

* * *

(١) سقط في أ.

في بيان أنواع الصلح

فنقول: الصلح على أربعة أنواع:

إما أن [يقع من][(١)] معلوم إلى[(٢)] معلوم، بأن يدعي المدعي حقًا معلومًا في دار في يدي رجل فصالحه المدعى عليه على مال معلوم وإنه جائز.

وإما أن يقع عن مجهول على معلوم وإنه على وجهين:

إن كان المصالح عنه بحيث يحتاج إلى تسليمه لا يجوز، كما لو ادعى حقًا في دار في يد[(٣)] رجل ولم يسمه، واصطلحا على أن يعطيه المدعي مالًا معلومًا لتسليم المدعى عليه للمدعي ما ادعاه وإنه لا يجوز.

وإن كان المصالح عنه بحيث لا يحتاج إلى تسليمه، بأن اصطلحا في هذه الصورة على أن يعطي المدعى عليه مالا معلومًا للمدعي ليترك المدعي دعواه، فهو جائز.

وإما أن يقع[(٤)] عن مجهول على مجهول، وإنه على وجهين أيضًا:

إن كان لا يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم، بأن ادعى رجل حقًا في دار في يدي رجل ولم يسمه وادعى المدعى عليه حقًا في أرض في يد المدعي ولم يسمه فاصطلحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه، فهو جائز.

وإن كان يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم، بأن اصطلحا على أن يدفع أحدهما من عند نفسه مالًا، ولم يبينه، على أن يترك الآخر دعواه، أو على أن يسلم إليه ما ادعاه، وإنه لا يجوز.

وإما إن يقع عن معلوم على مجهول، وإنه على وجهين أيضًا:

إن كان يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم لا يجوز، وإن كان لا يحتاج فيه إلى

---

(١) في أ: وقع من.
(٢) في أ: على.
(٣) في أ: يدي.
(٤) في أ: وقع.

التسليم والتسلم [يجوز][(١)]، والأصل في ذلك [أن][(٢)] الجهالة لا تفسد العقد لعينها، بل لغيرها وهي المنازعة المانعة من التسليم والتسلم.

ألا ترى أنه لو باع قفيزًا من صبرة، يجوز والمبيع مجهول، إلا أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم.

إذا ثبت هذا فنقول[(٣)]: كل موضع لا يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم، فالجهالة فيه لا تفضي إلى مثل هذه المنازعة، فلا يمنع جواز الصلح، وفي كل موضع يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم، فالجهالة تفضي إلى مثل هذه المنازعة فتمنع جواز الصلح.

* * *

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: فيقول في.

الفصل الثاني
في بيان المواضع التي يحتاج فيها إلى قبول الصلح والتي لا يحتاج

إذا وقعت[١] الدعوى فيما يتعين بالتعيين، فقال المدعى عليه للمدعي: (صلح كم أزين مدعي يامن بدرهم له بتوميدهم) فقال المدعي: فعلت، لا يتم الصلح ما لم يقل المدعى عليه: قبلت؛ لأن هذا طلب البيع، ومن طلب البيع من غيره، وقال ذلك الغير: بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب: قبلت.

وكذلك إذا وقعت[٢] الدعوى فيما لا يتعين بالتعيين نحو الدراهم والدنانيرُ، وطلب الصلح على جنس آخر.

وأما إذا وقعت[٣] الدعوى في الدراهم أو الدنانير، وطلب الصلح منه على ذلك الجنس [يصح و][٤] يتم الصلح بقول المدعي: فعلت، ولا يحتاج إلى قبول المدعى عليه؛ لأن هذا الطلب[٥] إسقاط بعض الحق والإسقاط يتم بالمسقط.

* * *

(١) في أ: وقع.
(٢) في أ: وقع.
(٣) في أ: وقع.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: طلب.

الفصل الثالث

في بيان ما يصلح بدلًا ومبدلًا في الصلح وما لا يصلح

ذكر في شرح الطحاوي - رحمه الله -: أن من ادعى عين مال في يدي رجل نحو الدار وغير ذلك، فصالح منه على شيء فإن كان الذي وقع عليه الصلح دراهم أو دنانير بغير عينها، والشرط فيه بيان مقدارها ويقع على الجياد من نقد البلد.

وإن كان في البلد نقود مختلفة يقع على الغالب منها، وإن لم يكن لبعضها غلبه؛ لا يجوز الصلح ما لم يبين نقدًا [منها][(١)] مع بيان القدر.

ويجوز الصلح عليها حالة ومؤجلة، وقبض ما وقع عليه الصلح في المجلس في هذه الصورة ليس بشرط.

وإن كانت الدنانير أو[(٢)] الدراهم معينة، فإنه يجوز الصلح ولا يحتاج إلى بيان القدر والوصف ولا يتعلق العقد بعينها.

وإن كان الذي وقع عليه الصلح كيليًّا كالحنطة والشعير أو وزنيًّا كالحديد والصفر إن كان معينًا، وأضاف العقد إليهما[(٣)] وهو حاضر أو غائب بعد أن كان ذلك في ملك المدعى عليه صح الصلح، ويقع ذلك على ما سمى من الكيل والوزن، فإن أشار إليه ولم يسم الكيل والوزن جاز، ويتعين ذلك [في][(٤)] العقد.

وإن ضرب الأجل في الحنطة إذا كانت بعينها كان[(٥)] باطلاً ويفسد الصلح.

ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في الباب الثاني من كتاب الصلح: وإن كان موصوفًا في الذمة، فالشرط فيه بيان القدر[(٦)] والوصف، وبيان الأجل فيه ليس بشرط.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: و.
(٣) في أ: إليه.
(٤) سقط في أ.
(٥) زاد في أ: ذلك.
(٦) في أ: العقد.

كذا ذكره شيخ الإسلام، ولو بين الأجل جاز ويثبت(١) الأجل.

وإن كان الذي وقع عليه الصلح ثيابًا، فإن كانت معينة يجوز ويشترط فيه الإشارة لا غير، وإن كانت غير معينة [يجوز و](٢) يشترط [فيه](٣) جميع شرائط السلم(٤). من بيان طوله وعرضه ورفعته [إن كان ضرب](٥) لذلك أجلًا، فإن لم يضرب(٦) لذلك أجلًا، لا يجوز، ومتى ضرب لذلك أجلًا، كان للثياب(٧) حكم المسلم فيه، وللمصالح عنه حكم رأس المال.

وإن كان الذي وقع عليه الصلح حيوانًا، أو مالًا(٨) يجوز السلم فيه لجهالته، فلا يجوز الصلح، إلا إذا كان معينًا.

وصار الحاصل في جنس هذه المسائل: أنه إذا وقع الصلح على دين، فحكمه حكم الثمن في البيع، وإن وقع على عين فحكمه حكم المبيع فما(٩) يصلح ثمنًا في البيع أو مبيعًا يصلح أن يكون بدلًا في الصلح، ويجوز الصلح عليه، وما لا فلا.

فإن وقع الصلح على منفعة، فحكمه حكم الإجارة، فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الإجارة، يجوز استحقاقها بعقد(١٠) الصلح حتى إنه لو صالح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز.

وإن قال: أبدًا، أو حتى يموت، لا يجوز.

والأصل في ذلك: أن الصلح معاوضة، إن كان عن إقرار فهو معاوضة المال بالمال من الجانبين؛ لأن المال ثابت من الجانبين.

---

(١) في أ: وثبت.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: المسلم.
(٥) في أ: وإن كانت تضرب.
(٦) في أ: تضرب.
(٧) في أ: للبيان.
(٨) زاد في أ: لا.
(٩) في أ: فيما.
(١٠) في أ: لعقد.

وإن كان عن إنكار فهو معاوضة المال بالمال في حق المدعي بزعمه؛ لأن المال ثابت في حقه.

ولهذا إذا كان الصلح [على دار][(١)] كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة من المدعي، وفي زعم المدعى عليه إن لم يكن ثابتًا فاليمين متوجهة عليه، فما يدفع إلى المدعي يدفع عوضًا عن اليمين وفداء عنه، والمفاداة عن اليمين جائزة شرعًا، فكان معاوضة من الجانبين.

إلا أن حكم الجانبين قد اختلف: المال عوض في حق المدعي عن شيء، وفي حق المدعى عليه عن شيء آخر، ويجوز أن يكون العقد واحدًا [ما][(٢)] لم يختلف حكم البدل من الجانبين [و][(٣)] يعتبر البدل عوضًا في حق أحد المتعاقدين عن شيء، وفي حق الآخر عن شيء [آخر][(٤)].

كما لو اشترى عبدًا أقر بحريته، فالثمن في حق البائع يعتبر عوضًا عن العبد، وفي حق المشتري يعتبر مفاداة عن الحر وتخليصًا له عن ذل الرق.

وهذا هو عبارة عامة المشايخ، وعبارة بعضهم: أن الصلح عن الإنكار[(٥)] إذا وقع الدعوى في المال معاوضة المال بزعم المدعي حقيقة فكذلك بزعم المدعى عليه

---

(١) في أ: دارا.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) قال ابن رشد في (بداية المجتهد): وأما الصلح على الإنكار، فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه: أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع. ثم قال: فالصلح الذي يقع فيه ما لا يجوز في البيوع، هو في مذهب مالك على ثلاثة أقسام: صلح يفسخ باتفاق، وصلح يفسخ باختلاف، وصلح لا يفسخ باتفاق إن طال، وإن لم يطل ففيه اختلاف.
وفرق الحنفية، والحنابلة بين تكييفه في حق المدعي، وبينه في حق المدعى عليه وقالوا: يكون الصلح على مال المصالح به معاوضة في حق المدعي؛ لأنه يعتقده عوضا عن حقه؛ فيلزمه حكم اعتقاده، وعلى ذلك: فإن كان ما أخذه المدعي عوضا عن دعواه شقصا مشفوعا، فإنها تثبت فيه الشفعة لشريك المدعى عليه؛ لأنه أخذه عوضا، كما لو اشتراه. ويكون الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه خلاصا من اليمين وقطعا =

حكمًا؛ لأن الصلح معاوضة عن اليمين بزعم المدعى عليه، واليمين مال حكمًا إذا وجبت بسبب[(١)] دعوى المال؛ لأنها وجبت بدلًا عن المال.

[ولهذا قلنا: إن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين يقضى عليه بالمال][(٢)]؛ لأن[(٣)] بنكوله منع حق المدعي في أصل البدل فيعيده القاضي إلى أصل حقه، فكان معاوضة المال بالمال بزعم المدعى عليه حكم من هذا الوجه.

والدليل على أن الصلح على الإنكار في مثل هذه الصورة معاوضة المال بالمال في جانب المدعى عليه، أنهما لو اختلفا في مقدار المصالح عنه أو في بدل الصلح، أنهما يتحالفان ويرد بدل الصلح بالعيب اليسير والفاحش كما [هو][(٤)] في البيع.

وإذا ثبت أن الصلح معاوضة يعتبر بسائر[(٥)] المعاوضات، فما صلح عوضًا ومعوضًا عنه في سائر المعاوضات، يصلح عوضًا ومعوضًا عنه في الصلح وما لا فلا، والله تعالى أعلم.

= للمنازعة؛ لأن المدعي في زعم المدعى عليه المنكر غير محق ومبطل في دعواه، وأن إعطاءه العوض له ليس بمعاوضة، بل للخلاص من اليمين، إذ لو لم يصالحه ويعط العوض لبقي النزاع ولزمه اليمين. وقد عبر الحنابلة عن هذا المعنى بقولهم: يكون صلح الإنكار إبراء في حق المنكر؛ لأنه دفع إليه المال افتداء ليمينه ودفعا للضرر عنه، لا عوضا عن حق يعتقده عليه.

وقد جاء في مادة (١٥٥٠) من مجلة الأحكام العدلية: الصلح على الإنكار أو السكوت، هو في حق المدعي معاوضة، وفي حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة، فتجري الشفعة في العقار المصالح عنه، ولو استحق كل المصالح عنه أو بعضه يرد المدعي للمدعى عليه هذا المقدار المنكر شقصا لم تثبت فيه الشفعة؛ لأن المدعي يعتقد أنه أخذ ماله أو بعضه مسترجعا له ممن هو عنده، فلم يكن معاوضة، بل هو كاسترجاع العين المغصوبة.

ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٣٠٨، ٣٠٩)، والبحر الرائق (٧/ ٢٥٦)، وتبيين الحقائق (٥/ ٣١، ٣٣)، ودرر الحكام، لعلي حيدر (٤/ ٢٥) وما بعدها، وبداية المجتهد (٨/ ٩٢ - ٩٤)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٦٤)، وكشاف القناع (٣/ ٣٨٥)، والمبدع (٤/ ٢٨٦)، والمغني، لابن قدامة (٤/ ٥٢٩، ٥٣٠).

(١) في أ: لسبب.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: لأنه.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: سائر.

الفصل الرابع
في بيان ما يجوز من الصلح وما لا يجوز

هذا الفصل يشتمل على أنواع: نوع منه: في صلح بعض الورثة، قال محمد - رحمه الله - في الأصل: أيما امرأة صولحت من ثمنها ولم يكن لزوجها دين على الناس وكان ما أخذت أكثر من نصيبها من العين كان ذلك جائزًا.

وإن لم يبين لها ما ترك زوجها، فاعلم[١] بأن هذه المسألة لا تخلو من وجهين:

الأول: إذا لم يكن في التركة دين وقد ترك الزوج دراهم وعروضًا وصولحت على دراهم.

إن كان ما أخذت من الدراهم أكثر من نصيبها من الدراهم جاز، ويجعل المثل من الدراهم بالمثل، والباقي بمقابلة العروض، غير أن ما يخص الدراهم من الدراهم، يكون صرفًا، فيشترط قبض البدلين في المجلس إذا كانت الورثة مقرين بالتركة غير مانعين لنصيبها؛ لأن نصيبها من التركة أمانة في هذه الحالة في أيديهم، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان.

وإن صار نصيبها مضمونًا، بأن كانوا جاحدين للتركة أو مقرين إلا أنهم كانوا مانعين نصيبها من التركة إلا أنه لا يحتاج إلى قبضها في المجلس؛ لأن قبض الغصب ينوب [عن قبض الضمان وإنما يحتاج إلى قبض بدل الصلح لا غير.

وإن كان ما أخذت مثل نصيبها][٢] من الدراهم لا يجوز؛ لأنه تبقى العروض خاليًا عن العوض.

وكذلك إذا كان ما أخذت أقل من نصيبها من الدراهم لا يجوز؛ لأنه تبقى العروض مع بعض الدراهم خاليًا عن العوض فتعذر تجويز هذا الصلح بطريق المعاوضة، وتقدير تجويزه بطريق الإبراء عن الباقي؛ لأن التركة عين، والإبراء عن

---

(١) في أ: اعلم.
(٢) سقط في أ.

الأعيان باطل.

قال الحاكم أبو الفضل - رحمه الله -: إنما يبطل الصلح عن مثل نصيبها من الدراهم وعلى أقل من نصيبها من الدراهم حالة التصادق، أما [حالة المناكرة فالصلح جائز؛ لأن](١) حالة المناكرة المعطي يعطي المال ليقطع المنازعة ويفدي يمينه فلا يتمكن الربا، وإلى هذا أشار محمد - رحمه الله - بعد هذا، وإن لم يعلم مقدار نصيبها من الدراهم التي تركها الزوج لم يجز الصلح؛ لأن هذا الصلح فاسد من وجهين، صحيح من وجه، فكانت العبرة لجانب الفاسد.

وإن صولحت على عروض(٢) أو دنانير جاز وإن قل؛ لأنه لا يتمكن الربا في خلاف الجنس.

وإن كانت تركة الزوج دنانير وعروضًا فصولحت على الدنانير فهو على التفاصيل التي قلنا في الدراهم، وإن صولحت على الدراهم جاز على كل حال.

وإن كان في تركة الزوج دراهم وعروض فصولحت على دراهم أو على دنانير لا يجوز إلا إذا كان بدل الصلح أكثر من نصيبها من ذلك النقد والباقي بإزاء العروض والنقد الآخر.

وإن صولحت على دراهم ودنانير جاز على كل حال، فيصرف الجنس إلى خلاف الجنس، إلا أن ما يخص الدراهم من الدنانير، وما يخص الدنانير من الدراهم صرف، فيشترط قبض البدلين في المجلس، وما يخص العروض ليس بصرف، فلا يشترط فيه قبض البدلين في المجلس.

ثم في الموضع الذي يجوز هذا الصلح لا يحتاج إلى معرفة مقدار حصتها من جملة التركة.

وهذا مشكل؛ لأن جواز هذا الصلح بطريق البيع، إلا أن هذا البيع لا يحتاج فيه

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: عوض.

إلى التسليم، وبيع ما لم يعلم البائع والمشتري مقداره، إذا كان لا يحتاج فيه إلى التسليم جاز.

ألا ترى أن[١] من أقر أنه غصب من فلان شيئًا، أو أقر أن فلانًا أودعه شيئًا، ثم إن المقر اشترى ذلك الشيء من المقر له جاز، وإن كانا لا يعرفان مقداره كذا هاهنا.

وإن كانت التركة مجهولة لا يدرى ما هي، ذكر [شيخ الإسلام][٢] الإمام ظهير الدين الميرغيناني - رحمه الله - في شرح كتاب الشروط: أنه لا يجوز الصلح على المكيل والموزون لما فيه من احتمال الربا، بأن كان في التركة مكيل و[٣] موزون ونصيبها من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل.

وقال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: يجوز هذا الصلح؛ لأنه يحتمل ألا يكون في التركة من جنس بدل الصلح، وإن كان يحتمل أن يكون نصيبها من ذلك أكثر من بدل الصلح أو أقل فيكون فيه احتمال الاحتمال، وذلك لا يكون معتبرًا.

وإن كانت التركة عقارًا أو أراضي أو[٤] حيوانًا أو[٥] أمتعة وكل ذلك في يد المدعى عليهم إلا أن المدعي لا يدري ما هو فصالحهم على مكيل أو موزون، جاز، وقد مر جنس هذا الوجه.

الثاني: إذا كان في التركة دين، فإن أدخلوا الدين في الصلح بأن صالحوها من الدين والعين على مال، أو صالحوها على أن تأخذ هي الدين من الغريم وتترك حقها في سائر الأموال، كل[٦] ذلك باطل؛ لأنه تمليك الدين من[٧] غير من عليه الدين، ومتى فسد الصلح في حصة الدين فسد في حصة العين؛ لأن العقد واحد، فيكون

(١) في أ: أنه.
(٢) في أ: الشيخ.
(٣) في أ: أو.
(٤) في أ: و.
(٥) في أ: و.
(٦) في أ: وكل.
(٧) في أ: في.

[في هذه المسألة إشكال][١] لأبي حنيفة - رحمه الله - فيمن أسلم حنطة في شعير وزيت.

[و][٢] عندهما: تبطل في حصة الشعير، ولا تبطل في حصة الزيت.

وإن لم يدخلوا الدين في الصلح جاز الصلح عن باقي التركة وبقي[٣] الدين على الغريم بينهم على فرائض الله تعالى.

وإن أرادوا إدخال الدين في الصلح، فالوجه: أن تستقرض المرأة منهم مثل نصيبها في[٤] الدين، [ثم][٥] تحيلهم بذلك على غريم ليعطيهم من نصيبها، ويقبل الغريم ذلك، ثم يصالحونها عن بقية المال، فيصير جميع الدين والعين ملكًا لهم.

أو[٦] يعجلوا للمرأة نصيبها من[٧] الدين من أموالهم متطوعين عن الغريم، فإن قضاء الدين عن غيره متطوعًا جائز، ثم يصالحونها عما بقي.

وأما إذا لم يكن الدين معلومًا وقت الصلح وقع[٨] جائزًا على ما ذكرناه من الوجوه.

ثم إذا ظهر دين للميت في يد[٩] رجل هل يكون داخلًا تحت الصلح؟

لا رواية لهذه المسألة.

قال الفقيه أبو بكر الأعمش - رحمه الله -: ولقائل أن يقول: لا يدخل، ولقائل أن يقول: يدخل.

---

(١) في أ: هذه إشكالا.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: وباقي.
(٤) في أ: من.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: و.
(٧) في أ: في.
(٨) في أ: ووقع.
(٩) في أ: يدي.

ثم على قول هؤلاء: إذا أدخل(١) ما ظهر تحت الصلح، إن كان ما ظهر عينًا، لا يوجب فساد الصلح، وإن كان ما ظهر دينًا، إن كان الدين مستثنى [من الصلح لا يفسد الصلح، وإن لم يكن مستثنى](٢) يفسد الصلح.

وإذا شرطوا في هذا الصلح إن ظهر على الميت دين، فلا شيء عليها لا يصح الصلح.

وكذا لو شرطوا أنه لو ظهر للميت دين، فلا حصة لها من ذلك الدين، لا يصح الصلح.

وفي فتاوى شمس الإسلام الأوزجندي - رحمه الله -: لو شرطوا في هذا الصلح: أن لو طمع السلطان من هذه التركة شيئًا، فلا شيء عليك، أنه لا يصح الصلح، ولكن ليس هذا بصواب؛ لأن هذا شرط أن يظلم، بخلاف ما إذا شرطوا: أنه لو ظهر على الميت دين فلا شيء عليها.

في المنتقى قال هشام في نوادره: سألت أبا يوسف - رحمه الله - عن امرأة ادعت(٣) ميراثها على ورثة زوجها فصالحوها وهم جاحدون أنها امرأة الميت، على أقل من نصيبها من المهر أو من الميراث والمهر، ونصيبها من الميراث من الدراهم أكثر؟ قال: الصلح جائز.

وإنما جاز لما حكينا عن الحاكم الشهيد - رحمه الله - ثم قال: لا يطيب للورثة إن علموا، وإن أقامت المرأة بعد ذلك بينة أنها امرأته أبطلت الصلح.

وإن صالحها الابن من ميراثها على دراهم ودنانير ولا وارث للميت غيرهما، وفي التركة دراهم وذهب في بيت الابن، قال: لا يجوز الصلح إلا أن يكون ما ترك الميت من الذهب والفضة حاضرًا عند الصلح، ويكون غصبًا في ضمان الابن.

---

(١) في أ: دخل.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: أودعت.

قال: قلت لأبي يوسف - رحمه الله: ما تقول في رجل مات وترك ابنين وعلى الميت دين، وله دين وأرضون، فصالح أحد الابنين الآخر على كذا درهما على أن الدراهم التي لأبيهما بينهما على حاله، وعلى أن الدين الذي على أبيهما[١] هو لها ضامن وهو كذا درهما؟ قال: الصلح جائز، وإن لم يسم ما عليه من الدين فالصلح باطل، والله أعلم.

* * *

(١) في أ: أبيهم.

نوع آخر في الصلح في الودعية والعارية:

وإذا وقع الصلح في الوديعة، فهو على أربعة أوجه:

[**الوجه**](١) **الأول**: إذا ادعى صاحب المال الإيداع وجحد المودع وقال: ما أودعتني(٢) شيئًا، ثم صالحه صاحب المال على مال معلوم جاز الصلح، وهذا بلا خلاف.

[و](٣) **الوجه الثاني**: أن يدعي صاحب المال الإيداع، والاستهلاك، والمودع أقر بالوديعة إلا أنه لم يدع الرد والهلاك بل سكت، ثم صالحه صاحب المال على مال معلوم، وهذا(٤) الصلح جائز بلا خلاف أيضًا.

والوجه الثالث: إذا ادعى صاحب المال الإيداع والاستهلاك، وادعى المودع الرد أو(٥) الهلاك فهذا الصلح باطل عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ، وصحيح(٦) عند محمد وأبي يوسف آخرًا.

وأجمعوا على أن المودع إذا حلف على ما ادعى، ثم صالحه، [ن الصلح [لا يجوز](٧).

ثم إن عامة المشايخ لم يفرقوا بين ما إذا قال المالك أولًا: استهلكتها، وقال المودع بعد ذلك: ضاعت، أو قال: رددت، وبين ما إذا قال المودع: أولًا ضاعت، أو قال: رددت، وقال المالك بعد ذلك: استهلكتها، وذكروا الخلاف على نحو ما بينا في الصورتين جميعًا في شروحهم.

وكان القاضي الإمام ركن الإسلام عليي السغدي - رحمه الله - يقول: إذا قال

---

(١) سقط في أ.
(٢) في م: أودعني.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: فهذا.
(٥) في أ: و.
(٦) في أ: ولا صحيح.
(٧) سقط في أ.

المالك أولًا: استهلكتها، وقال المودع: ضاعت، أو قال: رددت، يجوز الصلح بلا خلاف.

وهكذا كان يقول الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - قالوا: وقد ذكر هذه المسألة(١) في المنتقى على الخلاف أيضًا.

قال في الأصل: لو جحد المالك أن يكون المودع قال هذه المقالة قبل الصلح، والمودع قال: لا، بل قلتها يريد به ما في الوجه الثالث بعد ما وقع الصلح، أو(٢) قال المالك: لم يقل قبل الصلح ضاعت الوديعة أو رددت، والمودع يقول: [لا](٣) بل قلت، فالقول قول المالك.

وهذا التفريع إنما يتأتى على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه-؛ لأنه(٤) على قوله: لو حصل الصلح بعد هذه المقالة من المودع كان الصلح باطلاً فالمستودع بما قال يدعي فساد العقد، والمالك يدعي الجواز وهو الوجه الثاني، فيكون القول قول مدعي الجواز، وإنما(٥) لا يجيء على قول محمد وأبي يوسف - رحمهما الله - آخرًا؛ لأن على قولهما: الصلح صحيح، قال المستودع هذه المقالة قبل الصلح أو لم يقل.

فإن أقام المستودع بينة على ذلك فصل(٦) قبول البينة على قول أبي يوسف - رحمه الله - أيضًا.

الوجه الرابع: إذا قال المودع: هلكت أو رددت، والمالك لم يقل شيئًا بل سكت، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل.

---

(١) في أ: الصورة.
(٢) في م: لو.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: لأن.
(٥) في أ: أما.
(٦) في أ: وفضل.

وذكر الكرخي: أن على قول أبي يوسف أولًا وآخرًا: لا يجوز الصلح، وعلى قول محمد - رحمه الله -: يجوز.

وإذا كانت الوديعة قائمة بعينها، وهي مائتا درهم فصالح المودع المالك على مائة درهم، فإن كان المودع جاحدًا للوديعة يجوز الصلح في الحكم.

ولكن لا يحل للمودع الفضل فيما بينه وبين ربه، ولو كان المودع مقرًا بالوديعة فالصلح باطل.

ولو صالحه على عرض(١) جاز الصلح كيفما كان العرض، وإن صالحه على عشرة دنانير، فإن صالحه وهو جاحد للوديعة فالصلح صحيح إذا تفرقا بعد قبض الدنانير، سواء كانت الدراهم حاضرة في مجلس الصلح، أو كانت غائبة عن مجلس الصلح.

[فأما إذا كان المودع مقرًا بالوديعة، إن كانت الوديعة حاضرة في مجلس الصلح](٢)، فالصلح صحيح إذا جدد المودع القبض، وقبض المالك الدنانير في ذلك المجلس، فإن لم يجدد المودع القبض، فالصلح باطل، وإذا كانت الوديعة غائبة عن مجلس الصلح فالصلح باطل.

امرأة استودعت رجلًا وديعة كانت عندها لغيرها ثم قبضتها، ثم استودعتها آخر، وقبضتها منه أيضًا، وفقد متاع منها فقالت: ذهب بينكما ولا أدري من أضاعه، وقالا: لا ندري ما كان في وعائك، غير أنك دفعت إلينا فلم نفتشه ورددناه عليك، فصالحتهما من ذلك على مال، فهي [ضامنة](٣) لصاحب المتاع.

والصلح فيما بينهما وبينها جائز، ثم صلحهما على قيمة المتاع لا يخلو من وجهين:

---

(١) في أ: عوض.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

[الوجه الأول:](١) أما إن كان بعد ما ضمنها المالك قيمة المتاع، وفي هذا الوجه يجوز الصلح على أي بدل، سواء كان مثل قيمة المتاع أو أقل منها مما يتغابن الناس فيه، فالصلح جائز، وبرئا عن ضمان المتاع حتى لو أقام صاحب المتاع بعد ذلك بينة على ما ادعى [من](٢) المتاع [و](٣) لم يكن لها على المودعين سبيل.

[الوجه الثاني:](٤) وإن صالحت ببدل(٥) أقل من قيمة المتاع قدر ما لا يتغابن [الناس](٦) فيه لا يجوز الصلح، وللمالك الخيار، إن شاء ضمن المودعين، وإن شاء ضمن المرأة قيمة المتاع إن قامت [له](٧) بينة على المتاع.

وإن ضمن المودعين: رجعا على المرأة بما دفعا إليها، وإن ضمن المرأة: نفذ الصلح عليها.

والجواب في الصلح في العارية نظير الجواب في الوديعة إن أنكر المستعير العارية أصلاً، ثم صالح صح الصلح، وإن أقر بالعارية ولم يدع الرد ولا الهلاك، والمالك يدعي الاستهلاك، فالمسألة على الخلاف؛ وهذا؛ لأن العارية أمانة عندنا كالوديعة، فصار الجواب فيها كالجواب في الوديعة من هذا الوجه.

وكذلك الجواب في المضاربة، وكل مال أصله أمانة.

* * *

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) زاد في أ: هو.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.

نوع آخر في الصلح في الغصب:

قال محمد - رحمه الله -: رجل غصب من رجل ثوبًا قيمته عشرة، فاستهلكه، فصالح منه على مائة درهم، جاز على قول أبي حنيفة - رحمه الله.

وقال محمد وأبو يوسف - رحمهما الله -: لا يحل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه، هكذا ذكر المسألة في الجامع الصغير.

وذكر هذه المسألة في الأصل ووضعها في العبد وقال: إن كان العبد قائمًا، جاز الصلح، سواء كان البدل حالًا أو مؤجلًا، وسواء كان الصلح عن(١) إنكار أو عن إقرار.

وإن كان العبد مستهلكًا، فصالحه على دراهم مسماة مثل قيمة العبد أو أقل جاز، حالًا كان أو مؤجلًا.

وأما إذا صالح على أكثر من قيمة العبد دراهم أو دنانير، [و](٢) إن كان حالًا، فهو على الخلاف الذي ذكرناه.

والوجه لأبي حنيفة - رحمه الله -: أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكمًا، فيجوز بالغًا ما بلغ كالاعتياض عن الثوب [القائم](٣) بالحيوان [القائم حقيقة، وإنما قلنا: إن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان](٤) حكمًا؛ لأن الواجب(٥) في رقبة الغاصب حق للمالك، مثل الحيوان، والثوب من جنسه؛ لأنه ضمان عدوان فيكون مقيدًا بالمثل - عرف ذلك في موضعه - والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى.

ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو(٦) المكيلات

(١) في أ: على.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: الواجد.
(٦) في أ: ونحو.

والموزونات وغير ذلك.

وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية وغير ذلك، إلا أن عند الأخذ يصار إلى القيمة وتجعل القيمة عوضًا عما في الذمة، وينتقل الحق إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن [إلا بسابقة التقويم](١)؛ لأن الآخذ والدافع لا يعرفان ذلك لما بينهما من التفاوت الفاحش في الأصل، ولا ضرورة في الوجوب؛ لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى والله تعالى أعلم(٢) بذلك، فصح ما ادعيناه، أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيفما كان.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في بيوع الجامع في آخر باب [من](٣) البيع بشيء من المكيل أو بالدراهم عن أبي يوسف - رحمه الله - مسألة تدل على رجوعه إلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن حق المغصوب منه قبل قضاء القاضي بالقيمة في العين.

في المنتقى عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن من غصب من آخر شاة وذبحها وأكلها، وضمن رجل تلك الشاة، لم يكن عليه الشاة؛ لأنه ليس على الغاصب شاة، [و](٤) إنما عليه قيمتها.

وكذلك لو أقرض رجل رجلاً شاة، فاستهلكها المستقرض بعدما قبضها، فضمنها رجل لم يلزمه شيء؛ لأنه ليس عليه شاة.

فهذا تنصيص على أن عند أبي حنيفة - رحمه الله -: [أن](٥) حق المالك بعد استهلاك العين في القيمة لا في العين، فصار عن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان، وقد كتبنا هذه الرواية في كتاب الغصب من هذه النسخة.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: عالم.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.

فإن كان صالحه على ألف، فأقام الغاصب بينة أن قيمته كانت خمسين، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا منفعة له في قبول هذه البينة فلا تقبل.

وعلى قولهما: في قبول هذه البينة فائدة فتقبل.

ثم إن شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - ذكر في شرح الأصل: أن فصل الإباق على الخلاف كفصل الهلاك.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - هذا الخلاف في فصل الهلاك، وذكر في فصل الإباق: أن الجواب هكذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وعلى قولهما اختلف المشايخ.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - أن الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبه في الإباق.

أما لو كان مستهلكًا حقيقة فلا خلاف أن الصلح على أكثر من قيمته لا يجوز، حتى لو تصادقا أن ما وقع عليه الصلح أكثر من القيمة لا يجوز.

ولكن إذا اختلفا في القيمة فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا تقبل بينة الغاصب على أن القيمة دون بدل الصلح؛ لأن إقدامه على الصلح إقرار منه أن قيمته مثل بدل الصلح أو أكثر فيصير متناقضًا في دعواه أن قيمته دون ذلك.

وهما يقولان: هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء؛ لأن الإنسان قل ما يعرف قيمة شيء لم يعرفه بعد ذلك.

هذا إذا وقع الصلح على أكثر من قيمة العبد حالًا، أما لو وقع الصلح على أكثر من قيمته مؤجلًا، ذكر في بعض المواضع أنه على هذا الخلاف، [فالصحيح](١) على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: يجوز؛ لأن على قوله هذا الصلح وقع من العبد أو(٢) الثوب وذلك عين، فيكون هذا افتراقًا عن عين بدين وإنه جائز.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: و.

وحكي عن الفقيه أبي إسحاق الحافظ - رحمه الله -: أنه لا يجوز هذا الصلح عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن العبد أو الثوب [إما][(١)] عين حكمًا [وإما دين][(٢)] حقيقة، والدراهم دين حقيقة وحكمًا، فكان الرجحان لجانب الدينية، والعبرة للراجح.

فالحاصل: أن هذا افتراق بعد قبض أحد البدلين، والافتراق بعد قبض أحد البدلين حكمًا يبطل العقد، نص عليه في بيوع الجامع في باب بيع العروض والديون.

وعلى هذا إذا وقع الصلح على دراهم حالة وافترقا من غير قبض بدل الصلح، يبطل الصلح على قول أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن الصلح عنده وقع عن العبد أو الثوب وهو دين حقيقة وإن كان عينًا حكمًا، فيكون هذا افتراقًا بعد قبض أحد البدلين حكمًا وإنه يبطل العقد.

وهكذا ذكر في الجامع الكبير في آخر باب من البيع بشيء من المكيل أو بالدراهم، وصورة ما ذكر ثمة:

رجل اشترى من آخر جارية فقطع رجل يدها قبل قبض المشتري، واختار المشتري اتباع الجاني، فلم يقض على الجاني بالدراهم أو بالدنانير حتى صالحه من ذلك على كر حنطة وسط، فإن دفع الجاني الكر قبل الافتراق، فالصلح ماض على الصحة، وإن تفرقا قبل دفع الكر بطل الصلح [لأن هذا الصلح][(٣)] وقع عن اليد؛ لأن حق المتلف عليه قبل قضاء القاضي عن المتلف بأحد نوعي القيمة، إما الدراهم أو الدنانير في العين وإن كان المتلف آدميًا.

ألا ترى أن ما ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب المعاقل: من قتل رجلًا خطأ فلم يقض القاضي بالدية سنين ثم قضى بها، يعتبر التأجيل من وقت القضاء.

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: إما عين.

(٣) سقط في أ.

وطريقه: أن الواجب قبل القضاء العين والمثل، وإنما ينتقل إلى الدية بقضاء القاضي فيعتبر الأجل من وقت القضاء إذا كان حق المتلف عليه قبل القضاء في المثل.

وإذا صالحه على كر لا بعينه صار مشتريًا اليد بالكر، واليد وإن كانت[١] عينا إلا أنه دين على الحقيقة، وإذا لم يقبض الكر في المجلس كان هذا افتراقًا عن دين حقيقة بدين حقيقة وحكمًا، فيبطل الصلح، [و][٢] هذا هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة - رحمه الله.

وعلى هذا إذا وقع الصلح في مسألة الغصب على دراهم مثل قيمة العبد مؤجلاً لا يجوز على قول أبي حنيفة - رحمه الله - وكذا لو وقع الصلح على دراهم مثل قيمة العبد حالًا وافترقا من غير قبض بدل الصلح بطل الصلح عند أبي حنيفة - رحمه الله.

وإن صالحه على طعام في الذمة، إن كان العبد قائمًا جاز الصلح على كل حال، وإن كان العبد مستهلكًا إن سلم في المجلس يجوز، وإن لم يسلم لا يجوز.

وإن صالحه على طعام ودفع إليه قبل أن يفترقا جاز؛ لأنه حصل الافتراق عن عين بدين فيجوز إذا كان بلفظة الصلح، وإن كان بلفظة البيع لا يجوز؛ لأنه يصير بائعًا ما ليس عنده.

وقالوا: يجب أن يكون تأويل [هذه][٣] المسألة: أنه باع بطعام حال والطعام ليس في ملكه، ثم اشتراه وسلمه في المجلس.

* * *

(١) في أ: كان.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

نوع آخر في صلح العامل بيده:

وإذا دفع الرجل إلى قصار ثوبًا لتقصيره فخرقه القصار بدقة، فصالحه رب الثوب على دراهم مسماة، فهذا على وجهين:

إما أن يصالحه على دراهم ليكون الثوب للقصار، وفي هذا الوجه الصلح جائز حالة(١) كانت الدراهم أو مؤجلة؛ لأن ما بذله القصار من الدراهم بذلها بإزاء سببين: بإزاء الثوب [المتخرق](٢)، وبإزاء قيمة الخرق؛ لأن قيمة الخرق قد وجبت عليه دراهم أو دنانير، فما يقابل الثوب يكون ثمن الثوب(٣) وثمن الثوب يجوز حالًّا ومؤجلًا.

وما أصاب قيمة الخرق، إن كان حالًّا فهو استيفاء لعين(٤) الحق، وهو قيمة الخرق.

وإن كان مؤجلًا فهو تأجيل لما وجب له من قيمة الخرق وليس بمصارفة، فيجوز حالًا ومؤجلًا.

الثاني: أن يصالحه على دراهم ليأخذ رب الثوب ثوبه، وفي هذا الوجه: الصلح جائز أيضًا، حالة(٥) كانت الدراهم أو مؤجلة.

فإن(٦) كانت حالة(٧)؛ فلأنه استوفى عين الحق وهو قيمة الخرق، وإن كانت مؤجلة(٨)؛ فلأنه أجل ما وجب له من قيمة الخرق، وكل ذلك جائز.

وكذلك إذا صالحه على دنانير؛ لأن قيمة الثوب دراهم أو دنانير، فعلى أيهما

---

(١) في أ: حالا.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: العبد.
(٤) في أ: بعين.
(٥) في أ: حالا.
(٦) في أ: إن.
(٧) في أ: حالا.
(٨) في أ: مؤجلا.

صالح يكون مستوفيًا عين حقه، ومؤجلاً عين حقه.

وإن وقع الصلح عن مكيل أو موزون، فإن كان المكيل أو الموزون بعينه[١] جاز الصلح، سواء وقع الصلح على أن يكون الثوب لرب الثوب أو القصار وإن كان المكيل أو الموزون في الذمة.

وإن وقع الصلح على أن يكون الثوب للقصار، فالصلح باطل فيما يخص الخرق، جائز فيما يخص الثوب؛ لأن ما يخص الثوب يكون ثمن الثوب، وثمن الثوب يجوز أن يكون مكيلاً أو موزونًا موصوفًا في الذمة.

وما يخص قيمة الخرق يكون دينًا بدين؛ لأن قيمة الخرق في ذمة القصار دراهم أو دنانير، والمكيل الموزون في الذمة أيضًا، فيكون افتراقًا عن دين بدين.

وإن وقع الصلح على أن يكون الثوب [لرب الثوب][٢] لا يجوز؛ لأن المكيل أو الموزون بمقابلة ما وجب من قيمة الخرق على القصار وذلك دراهم أو دنانير، فإذا كان المكيل أو الموزون في الذمة كان هذا دينًا بدين [فلا][٣] يجوز.

فإن ادعى الأجير المشترك نحو الخياط والقصار أن العين قد هلك عنده، ثم صالحه بعد ذلك على دراهم، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله: الأجير المشترك [أمين فلا يصح][٤] الصلح بعد قوله: هلك العين، كما في المودع.

وعندهما: الأجير المشترك ضامن فيصح الصلح بعد قوله: هلك العين كما [في][٥] الغاصب.

والراعي إذا كان أجيرًا مشتركًا [فهو كالقصار][٦]، وإن كان أجيرًا خاصًا وهو أجير وحد فهو أمين بلا خلاف، فكان الجواب فيه كالجواب في المودع.

---

(١) في أ: تعينه.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: ضامن فيصح.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.

نوع آخر في الصلح عن الدين:

إذا[(١)] ادعى رجل على رجل ألف درهم سود، فصالحه من ذلك على ألف درهم نجية، والنجية اسم لما هو أجود من السود.

فاعلم أن هذه المسألة على أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن يكون عليه ألف درهم سود حالة[(٢)] فصالحه على ألف درهم نجية إلى أجل، فإنه[(٣)] لا يجوز.

لأن هذه مصارفة إلى أجل؛ لأنهما قصدا أن تصير الجودة للطالب وذلك لا يكون إلا بعقد الصرف، والصرف إلى أجل باطل، بخلاف ما إذا لم تكن النجية صرفًا على السود، فإنه يجوز هذا الصلح؛ لأنه لم يكن النجية صرفًا [كانت هي][(٤)] والسود سواء، فلم يكن هذا العقد مصارفة بل تأجيلاً لما عليه فيجوز.

ألا ترى أنه لو صالحه عن ألف درهم سود على ألف درهم سود إلى أجل يجوز، وإنما جاز لما قلنا.

الوجه الثاني: إذا كان عليه ألف درهم سود مؤجلة فصالحه على ألف درهم نجية حالة جاز إذا نقد النجية في المجلس؛ لأن هذه مصارفة بدين وجب قبل عقد الصرف، وقد قبض بدله في المجلس.

الوجه الثالث: إذا كان عليه ألف درهم نجية [حالة][(٥)] فصالحه على ألف درهم سود إلى أجل وإنه جائز؛ لأن هذا من صاحب الدين إبراء عن الجودة وتأجيل للباقي، وكل ذلك جائز [من غير اعتبار عقد الصرف فلم يكن صرفًا.

وكذلك لو صالحه على أقل من ألف][(٦)] درهم سود حالًّا أو مؤجلاً فهو جائز.

(١) في أ: وإذا.
(٢) في أ: حال.
(٣) في أ: وإنه.
(٤) في أ: كان هو.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.

الوجه الرابع: إذا كان عليه ألف درهم نجية مؤجلاً فصالحه على ألف سود حالة فإنه لا يجوز وإنه اعتياض عن الأجل.

وكذلك إذا كان له على رجل ألف درهم مؤجل أو مائة درهم مؤجل صالحه على خمسمائة أو على خمسين حالة لا يجوز؛ لأن المعجل خير من المؤجل، فتكون هذه الزيادة بإزاء ما حط عنه فيكون اعتياضًا عن الأجل.

وإذا ادعى رجل على رجل ألف درهم، فصالحه منها على عشرة دنانير إلى أجل لم يجز، مقرًا كان أو جاحدًا.

[إن][1] كان مقرًا؛ فلأن هذا صرف بالنسيئة، وإن كان جاحدًا؛ فلأن الصلح بناء على زعم المدعي، ومن [زعم المدعي][2] أن هذا صرف بالنسيئة.

وكذلك إذا صالحه منها على طعام في الذمة مؤجل أو غير مؤجل وتفرقا قبل القبض فهو باطل؛ لأن هذا افتراق عن دين بدين.

وإذا كان له على آخر ألف درهم ومائة دينار، فصالحه من ذلك على خمسمائة درهم وعشرة دنانير إلى شهر، فهو جائز؛ لأنه حط بعض حقه وأجله في الباقي.

ولو كان صالحه على خمسين درهمًا فضة بيضاء تبرا جاز.

قال شيخ الإسلام: وتأويل المسألة إذا كان التبر مثل ما عليه أو دونه أما إذا كان أجود مما[3] عليه لم يجز؛ لأنه اعتياض عن الجودة [وهو][4] باطل.

ولو كان عليه مائة درهم وعشرة دنانير فصالحه منها على مائة درهم وعشرة دراهم إلى أجل لم يجز؛ لأن المائة بالمائة استيفاء، والعشرة بإزاء الدنانير صرف وإنه إلى أجل فلا يجوز، وإذا بطل حصة الصرف بطل التأجيل في المائة، وإن لم تكن المائة بالمائة مبادلة بل تأجيل لعين الحق، إلا أن التأجيل في المائة كان مقيدا شرط إن سلم

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: زعمه.
(٣) في أ: منه.
(٤) سقط في أ.

له عشرة دنانير مع الدراهم ولم يسلم له العشرة دنانير لما فسد الصرف فلا يثبت التأجيل، وإن كان صالحه عليها حالة ودفعها إليه فهو جائز، وإن قبض عشرة دراهم قبل أن يفترقا ويصيب المائة فهو جائز؛ لأن العشرة حصة الصرف وقد وجد قبضها، والمائة ليست حصة الصرف، وترك القبض فيه لا يوجب بطلان العقد.

وإذا كان لرجل على رجل [ألف درهم][١] لا يعرفان وزنها، فصالحه المطلوب من ذلك على ثوب أو حنطة، فهو جائز.

فأما إذا كان صالحه على دراهم فالقياس[٢]: ألا يجوز، وفي الاستحسان: يجوز؛ لأن[٣] هذا الصلح جائز من وجهين: [إما][٤] إن كان المصالح عنه أكثر من بدل الصلح أو مثله، فسد[٥] من وجه، وهو أن يكون المصالح عنه أقل، فيترجح جانب الجواز.

بخلاف ما إذا اشترى والمسألة بحالها حيث لا يجوز.

وإذا وقع الصلح عن الدراهم التي في الذمة على كر حنطة بعينها، وتفرقا قبل أن يقبض الكر، جاز؛ لأنه لو اشترى كر حنطة بعينه[٦] بالدراهم التي له على المطلوب، ثم تفرقا قبل قبض الكر، جاز، كذا هاهنا.

ولو وقع الصلح عن كر حنطة في الذمة على عشرة دراهم فإن قبض العشرة قبل أن يفترقا جاز، وإن تفرقا قبل قبض العشرة بطل؛ لأن من عليه [الكر][٧] صار مشتريًا الكر الذي عليه بالعشرة، والجواب في الشراء على هذا التفصيل.

---

(١) في أ: دراهم.
(٢) في أ: والقياس.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: وفسد.
(٦) في أ: بعينها.
(٧) سقط في أ.

وإذا كان عليه ألف درهم مؤجلة[١] فصالحه قبل حل الأجل على خمسمائة حالة لا يجوز؛ لأنه اعتياض عن الأجل.

وإذا كان عليه ألف درهم، فصالحه منها على مائة درهم إلى شهر، وإن [لم][٢] يعطها إلى شهر فبمائتي[٣] درهم فهذا لا يجوز، وإن كان هذا الصلح حطا؛ لأن المحطوط مجهول وهو تسعمائة إن أوفاه مائة إلى شهر، وإن لم يوفه إلى شهر، فالمحطوط ثمانمائة، وجهالة المحطوط تمنع صحة الحط.

وإذا[٤] كان لرجل على رجل ألف درهم من ثمن بيع إلى أجل فصالحه الطالب على إن أعطاه كفيلاً وأخر عنه سنة بعد الأجل، فهو جائز؛ لأن الكفيل بعد حلول المال من الطالب والتأجيل من حقه فلا تتحقق بينهما شبهة المعاوضة.

بخلاف ما لو قال: زدني في الأجل حتى أزيدك في المال، حيث لا يجوز؛ لأن ذلك معاوضة المال بالأجل، فلم يجز.

وكذلك لو كان [به][٥] كفيل، فصالحه على أن يبرأ هذا الكفيل، وعلى أن يدخل رجلاً آخر معه في الكفالة، وعلى إن أخر عنه بعد الأجل شهرًا سماه فهو جائز؛ لأنه لما أبرأ الكفيل الأول صارت هذه المسألة كالمسألة الأولى، ولو صالحه على تعجيل نصف المال على أن يؤخر عنه ما بقي سنة بعد الأجل كان باطلاً.

والأصل في هذه المسألة وما يشاكلها أن الطالب متى أجل دينًا ليتعجل[٦] دينًا، للطالب تعجيله، كان جائزًا، وإذا أجل ليتعجل ما ليس له تعجيله كان باطلاً.

وكذلك لو كان لرجل على آخر ألف درهم من ثمن متاع إلى أجل ومائة دينار من

---

(١) في أ: مؤجل.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: بمائتي.
(٤) في أ: وإن.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: يستعجل.

ثمن أمة إلى أجل، فعجل الدنانير[١] كلها على إن آخر عنه الدراهم كلها سنة بعد حلها، كان فاسدًا؛ لأنه أجل دينًا ليتعجل ما ليس له تعجيله[٢].

وفي المنتقى: لرجل[٣] على رجل ألف درهم حالة، فقال له رب الدين: إن دفعت إلي غدا خمسمائة، [فالخمسمائة الأخرى مؤخرة عنك سنه، وإن لم تدفع إلي غدا خمسمائة][٤] فالألف عليك على حالها، فهذا جائز.

❋ ❋ ❋

(١) في أ: المائة الدينار.
(٢) في أ: تعجيل.
(٣) في أ: رجل له.
(٤) سقط في أ.

نوع آخر في الصلح والإبراء على الشرط:

قال في الجامع الصغير: في رجل له على رجل ألف درهم فقال: ادفع غدًا منها خمسمائة على أنك[1] بريء عن الخمسمائة، قال: إن دفع إليه الخمسمائة برئ عن الخمسمائة، وإن لم يدفع الخمسمائة إليه[2] غدا، عادت الألف عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -.

وعند أبي يوسف - رحمه الله - لا تعود، وهاهنا ثلاثة فصول:

أحدهم: هذا.

والثاني: إذا قال: صالحتك عن الألف على خمسمائة تدفعها إلي غدا على أنك إن لم تدفعها غدا، فالألف عليك على حالها.

فقيل: صح الإبراء.

فإن نقد خمسمائة غدا بقي الإبراء ماضيًا، وإن لم ينقد بطل الإبراء.

والثالث: إذا قال: أبرأتك عن خمسمائة غدا.

فهاهنا الإبراء يقع إذا قبل، أعطى الخمسمائة غدًا، أو لم يعط.

وذكر هذه المسألة في الأصل، ووضعها في الحط وجعلها على ثلاثة أوجه:

[الوجه الأول][3]: إن قال: حططت عنك خمسمائة على أن تنقد لي خمسمائة ولم يوقت لذلك وقتًا، فإذا[4] قبل الغريم ذلك صح الحط وجد الإعطاء أو لم يوجد عندهم؛ لأن كلمة (على) إنما تستعمل لتعليق الإيجاب بالقبول لا لتعليقه بفعل الإعطاء؛ ألا ترى أن الرجل إذا قال لامرأته: أنت طالق على أن تعطيني ألفًا صار الطلاق معلقًا بالقبول لا بالإعطاء.

---

(١) في أ: أنه.
(٢) في أ: إلى.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: إذا.

وتعليق البيع بخطر القبول جائز مع ضيق حال المبيع(١)، فكذا يجوز تعليق البراءة بخطر القبول مع سعة حاله بطريق الأولى، فإذا وجد القبول فقد وجد الشرط فتثبت البراءة.

بخلاف ما لو قال: حططت عنك خمسمائة إن نقدتني خمسمائة؛ لأن كلمة (إن) لتعليق الإيجاب بالفعل الذي ذكر معه لا لتعليقه بالقبول.

بدليل أنه إذا قال لامرأته: إن أديت إلي ألفا، فأنت طالق، لا يقع الطلاق ما لم يوجد منها الأداء، وإذا كانت هذه الكلمة لتعليق الإيجاب بالفعل فنقول:

تعليق البراءة بخطر الفعل لا يجوز؛ لأنه تمليك من وجه فلا يصح تعليقه، كما لا يصح تعليق البيع الذي هو تمليك من كل وجه بخطر الفعل.

[**الوجه الثاني**](٢): وإن قال: حططت عنك خمسمائة على أن تنقدني خمسمائة اليوم، وإن لم تنقد اليوم، فالمال عليك على حاله، فقبل(٣) صح الحط.

وإذا نقد خمسمائة في اليوم بقي الحط ماضيًا، وإذا لم ينقد [حتى](٤) مضى اليوم بطل الحط كما شرطا.

وذلك؛ لأنه علق البراءة بخطر القبول؛ لأنه ذكر بكلمة على وإنه جائز ثم علق بعض البراءة بعدم النقد في اليوم وإنه جائز؛ لأن تعليق بعض البيع لعدم النقد جائز مع ضيق حاله، حتى إن من باع من آخر عبدًا بألف على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا، كان البيع بهذا الشرط جائزًا.

وإذا لم ينقد في ثلاثة أيام بطل البيع، فلا يصير(٥) تعليق بعض البراءة بعدم النقد مع سعة حاله أولى.

---

(١) في أ: البيع.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: فقيل.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: يصح.

ويجوز أن يسقط الدين ثم يعود؛ ألا ترى أنه إذا أبرأ غريمه عن الدين سقط الدين، فإن رده الغريم عاد بعد السقوط لا أنه يتوقف السقوط على وجود القبول.

وإنما يظهر هذا بفصل ذكر في النوادر [و][١] صورتها: إذا كان لرجل على أبيه المريض دين فقال الابن: يا أبت قد حللتك مما عليك من الدين.

فقال الأب: لا أريده، لا يعمل رده؛ لأن الدين قد سقط بإبرائه، وهو بالرد يعيده، فيكون وصية لولده ولا وصية لوارث.

[الوجه الثالث][٢]: وإن قال: حططت عنك خمسمائة على أن تنقدني خمسمائة اليوم، ولم يقل: إن لم تنقدني فالمال عليك على حاله، فلم ينقد الخمسمائة اليوم.

قال أبو حنيفة، ومحمد - رحمهما الله -: يبطل الحط والمال كله عليه على حاله.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: الحط جائز، وجد النقد أو لم يوجد.

الوجه لأبي حنيفة، ومحمد: أن هذا حط بعوض وقد فات الحط، كما لو حط وشرط أن يعطيه بالباقي رهنا، أو كفيلاً فلم يعطه.

وإنما قلنا: إن هذا حط بعوض؛ لأنه حط خمسمائة بشرط أن ينقد خمسمائة [في][٣] اليوم، ونقد خمسمائة في اليوم يصلح عوضًا عن الحط: ؛ لأن الطالب ينتفع به؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى المال كما في بعض الأوقات حاجة ماسة لأمر من الأمور، فيحط بعض الدين فيتسارع[٤] الغريم إلى إيفاء الباقي وقد فات النقد في اليوم.

و[وجه][٥] ما قاله أبو يوسف: أن[٦] النقد لا يصلح عوضًا عن الحط؛ لأن النقد

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: ليتسارع.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: بأن.

قبل الحط كان واجبًا، فأما النقد قبل الحط كان[١] عوضًا عن المداينة، وبعد الشرط جعله عوضًا عن الحط، فيعتبر واجبًا مرة أخرى ليصير عوضًا عن الحط فيبطل الحط بفواته؛ إذ الثابت مرة يعتبر ثابتًا مرة أخرى إذا أفاد.

ألا ترى أن من ظاهر من امرأته صح [الظهار][٢] الثاني والثالث لما كان إثباته مرة أخرى مفيدًا، وهو وجوب الكفارة.

إذا ثبت هذا فنقول: النقد وإن كان واجبًا بحكم المداينة قبل هذا الصلح، إلا أنه يعتبر واجبًا مرة أخرى إذ لم يكن واجبًا؛ لأنه يفيد إيجابه مرة أخرى حتى يصير عوضًا عن الحط فيبطل الحط بفواته، وليس كالبيع، وذلك؛ لأن اشتراط النقد في البيع لم يصر عوضًا عن شيء، فلم[٣] يكن عوضًا عنه بنفس العقد فيجب[٤] نقد الثمن بإزاء تسليم المبيع، وبالشرط يكون بإزاء تسليم المبيع، فاشتراط النقد هناك لا يفيد إلا ما أفاده نفس العقد، ولا يراعى من الشروط ما لا يفيد. فيجعل وجود هذا الشرط وعدمه بمنزلة.

فأما هاهنا النقد كان واجبًا قبل الحط بحكم المداينة لا عوضًا عن شيء وبالشرط جعله [عوضًا][٥] عن الحط فيعتبر النقد واجبًا مرة أخرى بحكم [الشرط؛ لأن في اعتباره واجبًا مرة أخرى بحكم][٦] الشرط زيادة فائدة لم تكن ثابتة قبل الشرط، فلهذا افترقا.

قال في القدوري: فيمن كان له على رجل ألف درهم فقال له: متى[٧] أديت إلي خمسمائة منها فأنت بريء من الباقي، فأدى إليه خمسمائة، وأبى الطالب أن يفي له.

---

(١) زاد في أ: واجبا.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: لم.
(٤) في أ: يجب.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) زاد في أ: ما.

فإن أبي حنيفة - رحمه الله - قال له: ولا يبرئ مما بقي وكذلك قال: لو صالحتك على أنك متى أديت إلي الخمسمائة فأنا بريء من خمسمائة، فهذا باب واحد؛ لأن هذا براءة معلقة، وتعليق براءة صاحب الأصل بالشرط لا يجوز؛ لأن فيها معنى التمليك، بخلاف تعليق البراءة.



نوع آخر في الصلح عن دعوى العقار:

وفيه بعض مسائل الإبراء:

ادعى دارًا في يدي رجل واصطلحا على بيت معلوم من الدار، فهو على وجهين:

إن وقع الصلح على بيت معلوم من دار أخرى للمدعى عليه، فهو جائز.

وإن وقع الصلح على بيت معلوم من الدار التي وقعت قبلها الدعوى، فذلك الصلح جائز؛ لأن في زعم المدعي أنه أخذ بعض حقه وبدل البعض في زعم المدعى عليه أنه فدى عن يمينه.

وإذا جاز هذا الصلح، فهل تسمع دعوى المدعي بعد ذلك؟ وهل تقبل بينته على باقي الدار؟

ففيما إذا وقع الصلح على بيت من دار أخرى، لا تسمع دعواه باتفاق الروايات؛ لأن هذا معاوضة باعتبار جانب المدعي فكأنه باع ما ادعى بما أخذ، وفيما إذا[1] وقع الصلح على بيت من هذه الدار، وذكر شيخ الإسلام نجم الدين النسفي - رحمه الله - في شرح الكافي: أنه تسمع.

وهكذا كان يفتي الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله -.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه: أنه لا تسمع دعواه [وهو ظاهر الرواية][2].

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: أنه تسمع.

قالوا: وهكذا ذكر في بعض روايات الصلح، واتفقت الروايات أن المدعى عليه لو أقر بالدار للمدعي أنه يؤمر بتسليم الدار إليه.

وجه رواية ابن سماعة: أن المدعي بهذا الصلح استوفى بعض حقه وأبرأ عن الباقي، إلا أن الإبراء لاقى عينًا، والإبراء عن الأعيان باطل، فصار وجوده وعدمه بمنزلة.

---

(١) في أ: أدى.

(٢) سقط في أ.

[و][١] وجه ظاهر الرواية: أن الإبراء لاقى عينًا ودعوى، فإن المدعي كان يدعي جميع الدار لنفسه، والإبراء عن الدعوى صحيح [و][٢] إن كان الإبراء عن العين لا يصح.

فإن من قال لغيره: أبرأتك عن دعوى هذه[٣] العين صح الإبراء، حتى لو ادعى بعد ذلك لا تسمع.

أو نقول: الإبراء لاقى الدعوى، فإن[٤] قوله: أبرأتك عن هذه[٥] العين. معناه: أبرأتك عن دعوى هذه[٦] العين.

ألا ترى أن قول المغصوب منه للغاصب: أبرأتك عن العبد المغصوب. معناه: أبرأتك عن ضمان العبد المغصوب.

وبهذه المسألة يتبين أن معنى قولنا: البراءة[٧] عن الأعيان لا يصح؛ لأن العين لا تصير ملكًا للمدعى عليه بالإبراء، إلا أن يبقى المدعي على دعواه.

[و][٨] في آخر كتاب الدعوى من المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - في رجل خاصم رجلاً في دار يدعيها، ثم قال: أبرأتك عن هذه الدار، أو قال: أبرأتك عن خصومتي، فهذا كله باطل، وله أن يخاصم.

ولو قال: قد برئت من هذه الدار، أو[٩] قال: أبرأت من دعوى[١٠] هذه الدار،

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: هذا.
(٤) في أ: في.
(٥) في أ: هذا.
(٦) في أ: هذا.
(٧) في أ: أبرأتك.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: و.
(١٠) في أ: دعوى في.

كان جائزًا، ولا حق [لي][١] فيها ولو جاء ببينة لم أقبلها.

وفي المنتقى: إبراهيم بن رستم عن محمد - رحمه الله: رجل ادعى دارًا في يدي رجل فصالحه المدعى عليه على نصفها وقال: برئت عن دعواي في النصف الباقي، أو قال: برئت من النصف الباقي، أو قال: لا حق لي في النصف الباقي، ثم أقام البينة على جميع الدار لا تقبل بينته.

ولو قال: صالحتك على نصفها على أن أبرأتك من دعواي في النصف الآخر[٢]، ثم أقام بينة، كان له أن يأخذ الدار كلها.

وفرق بين قوله: برئت. وبين قوله: أبرأتك؛ قال: ألا ترى أن عبدًا في يد رجل، لو قال له رجل: برئت منه، كان بريئًا منه، ولو قال: أبرأتك منه، كان له أن يدعيه، وإنما[٣] أبرأه من ضمانه.

قال: وقال أصحابنا - رحمهم الله جميعًا - إذا قال: أنت مني بريء وأنا منك بريء، كان له أن يدعي في العبد.

ادعى دارًا في يدي رجل واصطلحا على أن يسكنها صاحب اليد سنة ثم يدفعها إلى المدعي [يجوز، وكذلك إذا اصطلحا على أن يسكنها المدعي][٤] سنة، ثم يدفعها إلى صاحب اليد جاز.

وإذا[٥] ادعى على رجل دينًا، واصطلحا على دار [على][٦] أن يسكنها الذي عليه الدين سنة، ثم يسلمها إلى المدعي فلا[٧] يجوز.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: الباقي.
(٣) في أ: ربما.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: وإن.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: لا.

الفصل الخامس
في صلح الأب والجد والوصي

إذا كان للصغير دار أو[(١)] عبد فادعى[(٢)] رجل فيه دعوى، فصالحه أبو الصبي على مال الصبي.

إن كان للمدعي بينة عادلة، جاز الصلح بعد أن يكون بمثل القيمة أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه؛ لأنه إذا كان للمدعي بينة عادلة، كان المدعي متمكنًا من الأخذ فيصير الأب في معنى المشتري للصغير، فالجواب في فصل المشترى ما ذكرناه[(٣)].

وإن لم يكن للمدعي بينة أصلاً، أو كان [له][(٤)] بينة غير عادلة لا يجوز الصلح، وإن كان شهوده مستورين، قال بعض مشايخنا: لا يجوز الصلح.

وقال بعضهم: يجوز على قول أبي حنيفة - رحمه الله - بناء على جواز الحكم بظاهر العدالة.

وقال بعضهم: إن كان شهود المدعي مستورين فينبغي للأب أن يصالح المدعي على المشروط[(٥)].

وإن كان الأب صالح من مال نفسه، جاز على كل حال[(٦)]؛ لأنه تبرع على الصغير بماله.

وإن كان الأب ادعى للصغير، ثم صالح، إن لم يكن للأب بينة عادلة جاز الصلح على كل حال، وإن[(٧)] كان له بينة عادلة، لا يجوز الصلح، إلا بمثل حقه أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه؛ لأنه يصير بائعًا مال الصغير، فالجواب في بيع الأب مال

---

(١) في أ: و.
(٢) في أ: ادعى.
(٣) في أ: ذكرنا.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: الشطر.
(٦) في أ: شيء.
(٧) في أ: فإن.

الصغير هكذا، والجد حال عدم الأب ووصيه بمنزلة الأب.

وصلح الوصي على الورثة، [إن كان](١) الورثة صغارًا كلهم كصلح الأب، وقعت(٢) الدعوى لهم أو عليهم؛ لأنه(٣) قائم مقام الأب.

وإن كانت الورثة كبارًا كلهم، إن كانوا حضورًا فالصلح باطل على كل حال، وقعت(٤) الدعوى في العقار أو في المنقول؛ لأنه لا ولاية له على الكبار الحضور لا بيعًا ولا شراء.

وإن كانوا غيبا إن وقعت(٥) الدعوى عليهم، لا يجوز صلحه أصلاً؛ لأنه يصير مشتريًا لهم وإن وقعت(٦) الدعوى [في العقار لا يجوز صلحه؛ لأنه يصير بائعًا عقارهم](٧)، وليس له هذه الولاية.

وإن وقعت(٨) الدعوى(٩) في المنقول: إن لم يكن له [بهذه الولاية](١٠) بينة عادلة، يجوز الصلح على كل حال، وإن كان له بينة عادلة جاز الصلح بمثل القيمة وبأقل مقدار ما يتغابن الناس فيه؛ لأنه يصير بائعًا منقولهم، وبيع الوصي منقول الورثة إذا كانوا كبارا غيبا يجوز بمثل القيمة، وبأقل مقدار ما يتغابن الناس فيه.

وإن كانت الورثة صغارًا أو كبارًا، إن وقع الصلح عليهم والكبار حضور لا يجوز في حصة الكبار عندهم؛ لأنه يصير مشتريًا [لهم](١١) ويجوز في حصة الصغار إذا لم

---

(١) في أ: إذا كانت.
(٢) في أ: وقع.
(٣) في أ: لأنهم.
(٤) في أ: وقع.
(٥) في أ: وقع.
(٦) في أ: وقع.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: وقع.
(٩) زاد في أ: لهم، إن وقع الدعوى في العقار لا يجوز صلحه؛ لأنه يصير بائعا عقارهم وليس له هذه الولاية.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.

يكن لهم فيه ضرر عند أبي حنيفة - رحمه الله -، المنقول والعقار في ذلك على السواء؛ لأنه يصير بائعًا نصيبهم، وقد ثبت له ولاية بيع نصيب الصغار.

ومن مذهب أبي حنيفة: أن الوصي إذا ثبت له بيع [بعض][(١)] التركة كان له بيع جميعها، وعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -: يجوز صلحه على الصغار ولا يجوز على الكبار وإن كان الكبار غيبًا.

وإن وقعت[(٢)] الدعوى عليهم، لا يجوز صلحه في حصة الكبار على كل حال ويجوز في حصة الصغار إن[(٣)] لم يكن فيه ضرر.

وإن وقعت[(٤)] الدعوى لهم، فإن وقعت[(٥)] الدعوى في المنقول جاز الصلح [وكذلك صلح][(٦)] الوصي على الصغار والكبار جميعًا إذا لم يكن لهم فيه ضرر.

وإن وقعت[(٧)] الدعوى في العقار، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: يجوز صلحه على الصغار والكبار إذا لم يكن [لهم][(٨)] فيه ضرر.

وعلى قولهما: لا يجوز صلحه على الكبار، ويجوز على الصغار إذا لم يكن [لهم][(٩)] فيه ضرر.

وصلح وصي[(١٠)] الأم والعم والأخ مثل صلح وصي الأب في تركة الأم والعم والأخ، إن وقعت الدعوى للصغير ما خلا العقار؛ لأن لوصي هؤلاء بيع ما هو موروث للصغير من جهة هؤلاء فكذا الصلح.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: وقع.
(٣) في أ: إذا.
(٤) في أ: وقع.
(٥) في أ: وقع.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: وقع.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: الوصي.

فأما ما كان موروثًا للصغير من جهة غير هؤلاء، فليس لوصيهم بيعه، فلا يجوز صلحه فيه.

وفي كتاب الشروط: إذا ادعى رجل دعوى في دار يتيم فقبل أن يقيم البينة، ليس للولي أن يصالح، وبعد ما جاء بالبينة العادلة وعرف الوصي عدالتهم، له أن يصالح.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - حاكيًا عن شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: إذا علم الوصي أن للمدعي شهودًا عدولًا يشهدون له بذلك، وإنما لا يصالحه الوصي قبل إقامة البينة إذا علم أنه لو أقام المدعي البينة يرغب في الصلح بعد ذلك. أما إذا علم أنه لا يرغب في الصلح بعد إقامة البينة لا بأس بأن يصالحه قبل إقامة البينة.

❊ ❊ ❊

الفصل السادس
في الصلح في السلم

إذا كان السلم حنطة ورأس المال مائة درهم، فصالحه[١] من السلم على أن يرد عليه مائتي درهم أو مائة[٢] أو خمسين، كان باطلاً؛ لأن الصلح عن السلم إذا لم يكن مضافًا إلى رأس المال بيع للمسلم[٣] فيه، وهاهنا الصلح غير مضاف إلى رأس المال، فإنه لم يقل: مائة أو خمسين من رأس مالك، وبيع المسلم فيه قبل القبض لا يجوز.

وأما إذا قال: صالحتك من المسلم فيه على مائة من رأس مالك، كان جائزًا، وكذلك إذا قال: على خمسين درهمًا من رأس مالك؛ لأن الصلح على رأس المال في باب السلم إقالة؛ لأنهما قصدا بالصلح إعادة رأس المال إلى رب السلم، وإنما يعود إليه رأس المال بالإقالة، أما بالبيع [وما اتصل به فلا يعود به][٤] رأس المال[٥]، والصلح يحتمل معنى الإقالة، فجعلناه إقالة، وإقالة السلم جائزة.

وإذا كان رأس مال السلم عرضًا فتقايلا السلم وهلك العرض قبل التسليم لا تبطل الإقالة.

والأصل: أن الإقالة في باب السلم لا تحتمل التبعيض بعد وقوعه، فالجملة فيه أن المسلم فيه وإن كان دينًا فقد أعطي له حكم العين، وإنما جعل دينًا في حق حكمين:

أحدهما: أنه يقبل الأجل، والآجال تختص بالديون.

الثاني: أنه يسقط بلفظ الإبراء، فصحة الإبراء تختص بالديون.

---

(١) في أ: صالحه.
(٢) في أ: مائتي درهم.
(٣) في أ: المسلم.
(٤) في أ: ما يصلح إليه لا يكون.
(٥) في أ: مال.

وفيما عدا هذين الحكمين أعطي له حكم الأعيان، فهلاك ما يقابله من العرض لا يمنع الإقالة لا ابتداء ولا بقاء، كما لو اشترى [عرضًا بعرض][١] وهلك أحدهما لا يمنع ابتداء الإقالة، لو هلك أحدهما بعد الإقالة قبل التسليم، لا يمنع بقاء الإقالة. والله أعلم.

* * *

(١) في أ: عوضا بعوض.

الفصل السابع
في الصلح عن العين

قال محمد رحمه الله: وإذا ادعى رجل حقا قبل رجل فصالحه عنه غيره فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون الدعوى واقعا في الدين، وإنه ينقسم إلى قسمين:

الأول: أن يكون المدعى عليه منكرًا، وإنه يشتمل على فصلين:

[الفصل](١) **الأول**: أن يكون المصالح صالح عن المدعى عليه بغير أمره وذلك لا يخلو، أما إن قال المصالح للمدعي: صالح فلانًا على ألف درهم من دعواك، على فلان، وفي هذا الوجه يتوقف(٢) على إجازة المدعى عليه، ولا ينفذ على المصالح ولا على المدعى عليه. وإن رد المدعى عليه بطل الصلح وإن أجاز جاز فكان المطالب بالمال هو المدعى عليه.

وأما إذا(٣) قال المصالح: صالحني، وفي هذا الوجه ينفذ على المصالح، وأما إن(٤) صالح فلانًا على ألف على أني ضامن، وفي هذا الوجه: ينفذ على المصالح أيضًا، ويلزمه المال ولا يرجع بالمال على المدعى عليه ولا يصير المدعى به ملكًا له.

وأما إن قال: صالحتك على ألف درهم ولم يزد على هذا ففي هذا الوجه اختلف المشايخ، بعضهم [قالوا: وهو نظير قوله صالحني، وبعضهم قالوا: هو نظير قوله صالح فلانًا.

الفصل الثاني: أن يكون المصالح صالح المدعي بأمر المدعى عليه، ففيما لو قال

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: يقف.
(٣) في أ: إن.
(٤) زاد في أ: قال.

المصالح للمدعي: صالح فلانًا على ألف درهم من دعواك، نفذ الصلح على المدعى عليه والبدل على المدعى عليه.

وفيما إذا قال: صالحني، فكذلك ينفذ الصلح على المدعى عليه إلا أن البدل هاهنا على المصالح؛ لأن العقد مضاف إليه.

وفيما إذا قال: صالح فلانًا على ألف من مالي، فكذلك الجواب؛ لأن إضافة العقد إلى ماله كإضافته إلى نفسه.

وفيما إذا قال: صالح فلانًا على ألف على أني ضامن، فكذلك ينفذ الصلح على المدعى عليه أيضًا. غير أن في هذا الفصل، يعتبر العقد جاريًا بين المدعي والمدعى عليه، ويعتبر المصالح كفيلاً عن المدعى عليه، فيطالب المدعى عليه إن شاء بحكم العقد، وإن شاء طالب المصالح بحكم الكفالة، هكذا ذكره شيخ الإسلام.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في هذه الصورة أن المال يجب على المصالح بحكم العقد لا بحكم الكفالة، وفائدة وجوب المال عليه بحكم العقد أنه إذا أراد الرجوع على الكفيل وهو المدعى عليه، يرجع قبل الأداء أو بعده سواء أمره بالضمان أو لم يأمره كما في الوكيل بالشراء إذا ضمن المال.

وفيما إذا قال: صالحتك على ألف درهم ولم يزد على هذا، اختلف المشايخ على نحو ما ذكرناه.

القسم الثاني: إذا كان المدعى عليه مقرًا بالمال، وإنه يشتمل على فصلين أيضًا:

الأول: أن يكون المصالح صالح المدعي بغير أمر المدعى عليه.

وفيما إذا قال: صالح فلانًا على ألف درهم، يقف الصلح على إجازة المدعى عليه.

وفيما إذا قال: صالحني ينفذ على المصالح.

وفيما إذا قال: صالح فلانًا على ألف من مالي، فكذلك ينفذ الصلح على المصالح، ولا يصير الدين المدعى للمصالح.

وإن كان المدعى عليه مقرًا بالدين وبالصلح صار المصالح مشتريًّا له من المدعي، إلا أن شراء الدين من صاحبه لا يجوز لغير المديون.

وفيما إذا قال: صالح فلانًا على أني ضامن، يقف الصلح على إجازة المدعى عليه، ويحمل قوله: على أني ضامن على ضمان الكفالة.

وفيما إذا قال: صالحتك، اختلاف المشايخ على نحو ما بينا.

الفصل الثاني من هذا القسم:

إذا صالح المصالح المدعي بأمر المدعى عليه.

ففيما إذا قال: صالحني على ألف، أو قال: صالح فلانًا على ألف درهم من مالي، نفذ الصلح على المدعى عليه؛ لأنه كان بأمره، ولكن يجب المال على المصالح، ثم يرجع هو على الآمر.

وفيما إذا قال: صالح فلانًا على ألف على أني ضامن، ينفذ الصلح على المدعى عليه، ولكن في هذه الصورة يعتبر العقد جاريًا بين المدعي وبين المدعى عليه، ويعتبر المصالح كفيلاً على ما هو اختيار شيخ الإسلام - رحمه الله - عن المدعى عليه حتى لا يرجع على المدعى عليه قبل الأداء. بخلاف قوله: صالحني أو صالح فلانًا على ألف من مالي.

وفيما إذا قال: صالحتك على ألف من دعواك على فلان، اختلف المشايخ فيه.

الوجه الثاني من هذا الفصل: إذا كان الدعوى واقعًا في العين، وإنه ينقسم إلى قسمين أيضًا:

الأول: أن يكون المدعى عليه منكرًا، والجواب في هذا القسم من الوجه الأول: وهو ما إذا وقعت الدعوى في الدين وقد وقع الصلح بأمر المدعى عليه أو بغير أمره.

الثاني: أن يكون المدعى عليه مقرًا، ففي الفصل الأول من هذا القسم وهو ما إذا وقع الصلح بغير أمر المدعى عليه والجواب: نظير الجواب في هذا الفصل من الوجه الأول في الدين إلا في خصلة، أن هاهنا إذا نفذ الصلح على المصالح بأن قال:

صالحني أو قال: صالح فلانًا على ألف من مالي يصير العين المدعى به ملكًا للمصالح؛ لأن المصالح صار مشتريًّا إياه من المدعي بالصلح إذا كان المدعى عليه مقرًّا، وشراء العين من المالك صحيح.

الفصل الثاني: وهو ما إذا وقع الصلح بأمر المدعى عليه، فهذا وما لو وقعت الدعوى في الدين في هذا الفصل سواء وإن كان المصالح صالح المدعي على دراهم، ثم قال: لا أؤديها، هل يجبر على الأداء؟

ينظر: إن كان أضاف العقد إلى نفسه أو إلى ماله أو ضمن بدل الصلح يجبر عليه، وإن لم يكن شيء من ذلك لا يجبر عليه.

وفي كتاب الشروط: إذا وقع الصلح من المدعي مع الفضولي على مال معلوم على أن يكون العين المدعى به للفضولي][1] لا للمدعى عليه، والمدعى عليه جاحد [دعوى][2] المدعي، جاز الصلح سواء أضاف الفضولي الصلح إلى ماله أو لم يضف، وسواء ضمن ذلك أو لم يضمن؛ لأنه صار مشتريًّا للمدعى به من المدعي بثمن معلوم فجاز، وإذا جاز كان للمصالح أن يطالب المدعي بتسليم المدعى به؛ لأنه صار مشتريًّا منه فيطالب بائعه بتسليم المبيع، فإن أمكنه التسليم بأن أقام بينة أو أقر المدعى عليه للمدعي سلم إليه، وإن [كان][3] لم يمكنه، كان للمصالح أن يفسخ الصلح ويرجع ببدل الصلح عليه؛ لأنه في [معنى المغصوب][4] من غير الغاصب والغاصب جاحد ولا بينة له وحكمه ما بينا.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في البيوع: أن المولى إذا باع العبد المغصوب من رجل والغاصب جاحد، فإن البيع موقوف فإن أمكنه التسليم بإقامة الحجة بعد البيع وإلا كان للمشتري فسخ البيع، كذا هاهنا.

---

(١) من قوله: «قالوا: وهو نظير قوله صالحني...» إلى هنا، سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: المعنى تابع للمغصوب.

فإذا[١] أراد المدعي أن يخاصم مع المدعى عليه ويقيم البينة على أن المدعى به ملك للمشترى منه أو يحلفه لينكل والمدعى عليه جاحد صحت خصومته معه؛ لأن المدعى عليه مدعي الملك لنفسه فانتصب خصمًا له.

وإن أقر المدعى عليه أنه للمدعي يأخذه من يده لإقراره له ويسلمه إلى المشتري إن[٢] خاصمه المشتري، وإن كان المدعى عليه جاحدًا صحت خصومته لما قلنا، وإن أقر للمدعي لا تسمع خصومته؛ لأنه صدقه المشتري في ذلك، ففي زعم المشتري أنه مودع المدعي أو غاصب وله خصومة له معهما.

* * *

(١) في أ: فإن.
(٢) في أ: وإن.

الفصل الثامن
في الصلح عن العيب

اشترى رجل من آخر عبدًا بألف درهم، وقبضه ونقده الثمن، ثم وجد به عيبًا، فأنكر البائع أن يكون باعه وبه ذلك العيب، ثم صالح(١) البائع على أن يرد عليه دراهم مسماة حالة أو إلى أجل، فهو جائز.

والحاصل: أن الناس تكلموا أن المشتري إذا وجد بالعبد عيبًا فحقه في ماذا؟ والأصح أنه في ابتداء ما يجد به العيب فحقه(٢) في الجزء الفائت فيطالب(٣) به البائع؛ لأنه ضمن له تسليمه سليمًا بالعقد من العيوب ما يكون بعرض الزوال.

فإذا زال صار قادرًا على تسليمه كما التزم، فيطالب(٤) في الابتداء، ثم إن البائع يعجز عن تسليمه بحكم فواته فينفسخ البيع فيه، فيصير [حق](٥) المشتري في حصة العيب من الثمن، إلا أنه متى وقع الصلح على جنس الثمن، يعتبر استيفاء لحصة(٦) العيب من الثمن، فيجوز حالًّا ومؤجلًا، وإذا وقع على خلاف جنسه فيعتبر معاوضة. بين المأخوذ وبين حصة العيب من الثمن.

وفيما إذا صالح عن العيب على أكثر من حصة الثمن فطريق الجواز أن يكون بمقدار حصة العيب، وهو استيفاء لحصة(٧) العيب، وما زاد على ذلك فالبائع حط عنه من الثمن.

ولو صالحه من العيب على مائة دينار، فإن نقده قبل أن يفترقا هو جائز، وإن تفرقا قبل أن ينقده بطل الصلح.

وإذا طعن في بياض بعينه، فصالحه البائع من ذلك على أن حط عنه درهما كان

(١) في أ: صالحه.
(٢) في أ: حقه.
(٣) في أ: يطالب.
(٤) في ا: فيطالبه.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: بحصة.

جائزًا فلو أنه انجلى البياض بعد ذلك رد الدرهم على البائع.

وكذا لو طعن بحبل بها [عيبًا][(١)]، فصالحه البائع على أن حط عنه درهما، ثم ظهر أنه لم يكن بها حبل، فإنه يرد الدرهم[(٢)].

وكذا إذا اشترى أمة فوجدها منكوحة، فأراد أن يردها على البائع، فصالحه البائع على دراهم، ثم طلقها الزوج طلاقًا بائنًا كان على المشتري رد الدراهم.

فكذا[(٣)] إذا ادعى المشتري العيب وأنكر البائع، فاصطلحا على أن يرد البائع شيئًا من الثمن، ثم تبين أنه لم يكن بالمبيع عيب، كان للبائع أن يسترد ما أدى، وعلى هذا إذا ادعى على إنسان مالًا وحقًا في شيء فصالحه على مال، ثم تبين أنه لم يكن ذلك المال عليه وذلك الحق لم يكن ثابتًا، كان للمدعى عليه حق استرداد ذلك المال.

ولو صالحه من العيب على ركوب دابته في حوائجه شهرًا، جاز.

قال: تأويله إذا شرط - ركوبه في المصر، فأما إذا شرط ركوبه خارج المصر، أو أطلق، لا يجوز، نص على التفصيل في كتاب الإقرار، وإنما لم يجز لمكان الجهالة.

فلو اصطلحا على أن قبل البائع السلعة ورد على المشتري أقل مما أخذه منه بدرهم، أو درهمين، جاز، فإن اصطلحا [على][(٤)] أن يحط كل واحد يعني البائع والمشتري درهمًا وزيادة، ويأخذه الأجنبي بما وراء المحطوط ورضي به الأجنبي، كان بيعًا للأجنبي من المشتري وبيع المشتري من الأجنبي جائز؛ لأن المشتري باع ملك نفسه، وحط المشتري أيضًا جائز؛ لأن حطه لاقى ملك نفسه، وهو الثمن، فيكون هذا من المشتري رضا بالعيب.

وحط البائع باطل؛ لأنه لاقى ملك الغير حتى إنه إذا كان الثمن مثلًا عشرة فيأخذ الأجنبي بتسعة [إن شاء وإن شاء ترك][(٥)].

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: الدراهم.
(٣) في أ: وكذا.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: إن شاء الله تعالى.

الفصل التاسع

في الصلح على أن يحلف المدعى [عليه][1] وهو بريء من المال أو يحلف المدعي وأن على المدعى عليه ضمان المال

وإذا اصطلحا على أن يحلف المدعى عليه وهو بريء من المال فيحلف ما له قبله قليل أو[2] كثير، فالصلح باطل، حتى [إنه][3] لا يبرأ المدعى عليه من المال والمدعي على دعواه.

فإن أقام بينة أخذه بها، وإن لم يكن له بينة وأراد أن يستحلف المدعى عليه عند القاضي بعد تلك اليمين، فله ذلك.

وإن كان القاضي هو الذي استحلفه، لم يكن له أن يحلفه ثانيًا.

والحاصل: أن المدعى عليه لا يبرأ عن المال بحلفه، سواء حلف في مجلس القاضي أو غير مجلس القاضي إلا أنه إذا حلف عند القاضي يبرأ عن التحليف ثانيًا.

ولو اصطلحا على أنه إن حلف فهو بريء من الخصومة إلى أن يجد البينة فحلف، فهل يبرأ عن الخصومة؟ اختلف المشايخ في هذا الفصل، منهم من قال: يبرأ عن الخصومة إلى أن يجد البينة، حتى لو أراد استحلافه عند القاضي مرة أخرى لم يكن له ذلك. بخلاف ما لو اصطلحا على أنه بريء عن المال إذا حلف.

وما يذكر في الكتاب أن له استحلافه مرة أخرى عند القاضي محمول على ما إذا اصطلحا على أنه بريء عن المال متى حلف.

ومنهم من قال: لا يبرأ عن الخصومة وهو الأصح، حتى كان له استحلافه مرة أخرى، وهذا؛ لأن البراءة عن الخصومة لو وقعت، إما أن تقع بحكم اليمين ولا وجه إليه؛ لأن اليمين حصل في غير مجلس القاضي من المدعى عليه، وليس من حكم هذه اليمين وقوع البراءة عن الخصومة.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: ولا.
(٣) سقط في أ.

وإما أن تقع بحكم التعليق، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأن تعليق البراءة عن الخصومة باطل؛ لأنه مما لا يحلف به.

قال محمد - رحمه الله -: فإن أقام الطالب بينة على حقه، يؤخذ بذلك المطلوب.

وإذا اصطلحا على أن يحلف المدعي على دعواه، على أنه إذا حلف، فالمدعى عليه ضامن للمال، فحلف المدعي على ذلك فأبى المدعى عليه أن يعطيه المال، كان له ذلك.



الفصل العاشر
في الاستحقاق في الصلح

ولو أن رجلاً في يديه[١] دار فادعى رجل فيها حقًا، فصالحه الذي في يديه[٢] الدار على دراهم مسماة، ثم إن الدار استحقت من يدي المدعى عليه، كان له أن يرجع بدراهمه على المدعي.

فإن استحق طائفة من الدار نصفها أو ثلثها أو ربعها، لم يرجع على المدعي بدراهمه بشيء، وكذلك لو استحق منها بيت معلوم بخلاف ما لو استحقت[٣] كلها، فإذا استحق بدل الصلح في المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس أو وجده ستوقة أو رصاصًا أو زيوفًا أو نبهرجة، [فإن وقع الصلح على جنس حقه بأن ادعى ألف درهم ووقع الصلح على مائة درهم][٤]، فالمدعي يرجع بمثل بدل الصلح، وذلك مائة من الجياد، ولا يرجع بأصل دعواه؛ لأن [في][٥] هذا الصلح حط لبعض الحق و[٦] استيفاء لبعض الحق، فكأنه أبرأه عن تسعمائة واستوفى مائة، وهناك كان الجواب كما قلنا.

وإن وقع الصلح على خلاف جنس حقه، فإن ادعى مائة دينار ووقع الصلح على مائة درهم، فهذا الصلح معاوضة، فيرجع بمثل بدل الصلح إن وقع الاستحقاق في المجلس، وإن وقع بعد الافتراق عن المجلس يرجع بأصل الدعوى، والله أعلم.

* * *

(١) في أ: يده.
(٢) في أ: يده.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: في.

الفصل الحادي عشر
فيما يشترط فيه قبض بدل الصلح في المجلس وفيما لا يشترط

وإذا كان لرجل [على رجل][١] ألف درهم جياد، فصالحه على ألف درهم نبهرجة يجوز، ولا يكون هذا صرفًا حتى لا يشترط القبض في المجلس، بل يكون حطًا لصفة الجودة.

- ولهذا إذا كان له على آخر ألف درهم جياد حالَّة، فصالحه على ألف درهم [نبهرجة][٢] مؤجلة يجوز، ولو كان هذا مصارفة لا يجوز مؤجلة، وحط صفة الجودة جائز.

- وإذا وقع الصلح من دعوى على دراهم وافتراقا قبل قبض بدل الصلح لا ينتقض الصلح؛ لأن الصلح إن وقع عن إقرار، فهذا افتراق عن عين[٣] بدين بزعمهما، وكذلك إن وقع عن إنكار بزعم المدعي، وفي زعم المدعي، هذا دفع المال لإسقاط[٤] اليمين عن[٥] نفسه، وقبض البدل في المجلس في معاوضة تنعقد على الإسقاط ليس بشرط كما في الخلع والعتق على مال.

- وإذا وقع الصلح من الدراهم التي في الذمة على دنانير أو من الدنانير التي في الذمة على دراهم، فهذا صرف حتى يشترط قبض بدل الصلح في المجلس.

- وإذا وقع الصلح من الدراهم التي في الذمة على دراهم[٦] أقل منها، فهذا ليس بصرف حتى لا يشترط قبض البدل في المجلس.

فالأصل: أن الصلح إذا وقع على خلاف جنس الحق يعتبر مبادلة، وإذا وقع على

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: دين.
(٤) في أ: لا إسقاط.
(٥) في أ: على.
(٦) في أ: دنانير.

جنس الحق يعتبر استيفاء للبعض وإسقاطًا للباقي[١].

- وإذا صالح عن المائة التي في الذمة على عشرة إلى أجل يجوز، وهذا حط عن بعض الحق وتأجيل للباقي.

- وإذا كان لرجل على رجل دين ألف درهم من قرض[٢] أو غصب وهي من غلة الكوفة، فصالحه على خمسمائة نجية، كان أبو يوسف - رحمه الله - يقول أولًا: إن نقد النجية في المجلس، فإنه يجوز الصلح، وإن [لم][٣] ينقد، فالصلح باطل، وتكون البراءة عن خمسمائة صحيحة، حتى يكون لصاحب الدين على المديون خمسمائة غلة لا غير، ثم رجع عن هذا فقال[٤]: ولا يجوز الصلح نقد أو لم ينقد، ويكون لصاحب الدين على المديون ألف درهم غلة، وهو قول محمد - رحمه الله - أن هذه مصارفة لأنهما قصدا أن تصير الجودة حقًا للمدعي بعد أن لم يكن.

- ولهذا شرط أبو يوسف - رحمه الله - على قوله الأول قبض النجية في المجلس، والقبض إنما يجب باعتبار المصارفة.

- وإذا كانت مصارفة بعد هذا، إما أن يقال: هذا مصارفة ألف غلة بخمسمائة [نجية أو مصارفة خمسمائة نجية بخمسمائة غلة بشرط أن يكون بريئًا عن خمسمائة][٥] أخرى غلة، وأي ذلك اعتبر فهو باطل، وإذا بطل الصلح صار وجوده وعدمه بمنزلة، ولو عدم كان له عليه ألف درهم غلة فكذا هذا.

- وإذا كان له على رجل كر حنطة فصالحه من ذلك على عشرة دراهم، فإن قبض العشرة قبل أن يفترقا جاز، وإن تفرقا قبل أن يقبض العشرة بطل؛ لأن من عليه الكر صار مشتريًا للكر الذي كان عليه بالعشرة، والجواب في الشراء على هذا التفصيل.

---

(١) في أ: البعض.
(٢) زاد في أ: من.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: وقال.
(٥) سقط في أ.

- رجل غصب إناء فضة واستهلكه، وقضى القاضي عليه بالقيمة ثم تفرقا قبل قبض القيمة، فالقضاء ماض.

- وكذلك لو اصطلحا على القيمة، ثم تفرقا قبل القبض، فالصلح ماض؛ لأن هذا ليس بصرف؛ لأن الواجب بالاستهلاك القيمة؛ لأنها هي المثل بالقضاء لتقدير ذلك

[أكثر ما في الكتاب: أن](١) المستهلك يصير مملوكًا للمستهلك قبل الاستهلاك متى أدى الضمان(٢) إلا أن ذلك أمر ضروري؛ لأن عند أداء الضمان ملك المغصوب منه بدل المغصوب، فمست(٣) الضرورة إلى إزالة المغصوب عن ملكه؛ كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، فهذا أمر ضروري فلا يعتبر مصارفة، فلا يضر(٤) الافتراق.

وسئل بعض مشايخنا عن من كان له على آخر مائة دينار نيسابورية فصالحه على مائة بخارية، وتفرقا قبل القبض قال: يبطل الصلح؛ لأنهما نوعان فيكون مصارفة فيشترط القبض، والصحيح أنه لا يشترط القبض، ولا يبطل الصلح؛ لأن النيسابورية أجود من البخارية، وصاحب النيسابورية حط عنه صفة الجودة، فصار كأنه حط عنه بعض الوزن، ولو كان على القلب يشترط قبض بدل الصلح بلا خلاف؛ لأن هذه مصارفة؛ لأنهما قصدا أن تصير الجودة للطالب، بعد أن لم تكن، [وإن لم تصر](٥) الجودة للطالب لا مبادلة بينهما، وقد مر جنس هذا في الفصل المتقدم.

ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الصرف: إذا ادعى رجل على رجل عشرة دراهم وعشرة دنانير، فصالحه المدعى عليه على خمسة دراهم من ذلك كله نقدًا أو

---

(١) في أ: أكثر ما في الباب.
(٢) زاد في أ: صحيح.
(٣) في أ: الضرورى.
(٤) في أ: يعتبر.
(٥) في أ: وأن تصير.

نسيئة، فهو جائز؛ لأن الصلح وقع على جنس الحق؛ لأن الأصل في أموال الربا أن يصرف الجنس إلى الجنس إذا لم يكن في ذلك فساد العقد، فيصير مستوفيًا من العشرة الدراهم خمسة منها عن الخمسة الأخرى وعن العشرة دنانير، فيجوز، سواء كانت[1] هذه الخمسة نقدًا، أو نسيئة، ويخرج من هذه المسألة كثير من المسائل.

❊ ❊ ❊

(١) في أ: كان.

الفصل الثاني عشر
في الصلح عن الظلة الشارعة

وإذا كان للرجل ظلة شارعة أو كنيف شارع على طريق العامة فخاصمه إنسان في طرحه، فصالحه صاحب الظلة على دراهم مسماة على أن يتركها، فالصلح باطل وإن كان الإمام صالح صاحب الظلة على دراهم مسماة على أن يترك الظلة جاز الصلح، إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضع تلك الدراهم في بيت المال.

وأما إن وقع الصلح[(١)] على أن يعطى صاحب الظلة دراهم مسماة إلى هذا المخاصم ليرفع المخاصم الظلة جاز الصلح على كل حال.

وإن أخذ صاحب الظلة الدراهم من المخاصم ليطرح الظلة، إن كانت الظلة قديمة يجوز، وإن كانت حديثة اختلف فيه، والصحيح أنه لا يجوز.

وأما إذا كان لا يدري حال الظلة لا يجوز أيضًا على أصح الأقوال؛ لأن ما يكون على طريق العامة إذا لم يعرف حاله يجعل حديثًا، ولهذا قالوا: للإمام حق رفعها إذا كان لا يعرف حالها، فعلم أن هذه الظلة إذا لم يعرف حالها، وحكم ما لو عرف حدوثها[(٢)] سواء.

وإن كانت الظلة على طريق خاص في سكة غير نافذة، فإن وقع الصلح على أن يأخذ المخاصم دراهم مسماة من صاحب الظلة ويترك [الظلة][(٣)] لا يجوز إذا كانت الظلة قديمة.

وإن كانت حديثة، إن لم يكن المخاصم من أهل تلك السكة وليس له حق المرور تحت الظلة، فيتوقف[(٤)] الصلح على إجازة من له حق المرور، ولهذا إذا كان

---

(١) زاد في أ: على الطريق إن وقع الصلح.
(٢) زاد في أ: يتعين.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: يتوقف.

المصالح من أهل تلك السكة إن أضاف الصلح إلى جميع الظلة(١) فالصلح [يصح](٢) في حصته ويتوقف في حصة شركائه، فإن أجاز شركاؤه جاز الصلح في الكل وإن لم يجيزوا صلحه ورفعوا الظلة لا شك أن الصلح يبطل في حصة شركائه، حتى كان لصاحب الظلة أن يرجع على المخاصم بحصة شركائه إن كان دفع إليه جميع البدل.

وهل يرجع بحصته؟ اختلف المشايخ فيه، والأصح أنه لا يرجع [عليه](٣).

وأما إذا كان الصلح مضافًا إلى نصيبه خاصة فإنه يجوز الصلح، وبعد ذلك ينظر إن(٤) تبرع الشركاء بترك الظلة سلم له جميع بدل الصلح.

وإن رفعوا الظلة هل يرجع صاحب الظلة على المخاصم بجميع البدل؟ فالمسألة على الاختلاف.

وإن كان لا يعرف حالة الظلة لا يجوز الصلح؛ لأنها في الحكم قديمة؛ لأن ما كان في سكة غير نافذة إذا لم يعرف حاله يجعل قديمًا، بخلاف ما إذا كان على طريق العامة، ولهذا لم يكن لأحد رفعها وكان كالجذوع الساقطة في دار إنسان إذا كان لا يدري حالها، تجعل قديمة حتى لا يكون لصاحب الدار رفعها، ولكن صاحب الجذوع يمنع من البناء كذا هاهنا.

وأما إذا وقع الصلح على الطرح والرفع، إن وقع الصلح على أن يأخذ المخاصم دراهم فيرفع الظلة، فهو جائز على كل حال؛ لأنه صار مستأجرا له لرفع الظلة بمال معلوم، فيجوز كما لو استأجر غيره.

وإن وقع الصلح على أن يأخذ صاحب الظلة من المخاصم دراهم ويرفع

---

(١) في أ: الصلح.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: إلى.

[الظلة][(١)] جاز إن كانت الظلة قديمة، وكذلك إذا كانت حديثة أو لا يدري حالها.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - تأويل هذا: أن الظلة كانت على بناء مبني على الطريق، وصاحب الظلة يدعي ملك ذلك الموضع لنفسه أو يدعي حق قرار الظلة بسبب صحيح، فيسقط حقه بما يأخذ من المال بطريق الصلح على الإنكار.

قال شيخ الإسلام: وما ذكرنا من الجواب في سكة غير نافذة، فتأويله: إذا كان مشتركًا بينهم وأرضًا مشتركة بينهم، فبنوا فيها مساكن وحجرًا، ورفعوا بينهم طريقًا حتى يكون الطريق ملكًا لهم.

فأما إذا كانت السكة في الأصل اختطت بأن بنوا دورا وتركوا هذا الطريق للمرور، فالجواب فيه كالجواب في طريق العامة؛ لأن قدر الطريق يبقى على ملك جماعة المسلمين، ولهذا كان لجماعة المسلمين أن يقفوا فيها حالة الزحام.

وأما إذا أراد رجل إحداث ظلة في طريق العامة ولا يضر بالعامة، فالصحيح من مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - أن لكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع وحق الطرح.

وعلى قول محمد - رحمه الله -: له حق الخصومة في المنع من الإحداث وليس له حق الرفع.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: ليس له حق المنع ولا حق الرفع، وأما إذا كان يضر ذلك بالمسلمين، فلكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع والرفع جميعًا.

وإن أراد إحداث الظلة في سكة غير نافذة، فإنه لا يعتبر فيه[(٢)] الضرر وعدم الضرر عندنا، بل يعتبر فيه الإذن من الشركاء.

ومن خالفنا اعتبر الضرر حتى إذا لم يدخل على أهلها ضرر لا يمنع، وشبه ذلك

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: في.

بالجلوس على قارعة الطريق للاستراحة [من الشمس][١].

وأما الكلام في الإباحة وعدم الإباحة، ذكر أبو جعفر الطحاوي - رحمه الله - أنه يباح إحداث الظلة على طريق العامة ولا يأثم قبل أن يخاصم أحد في ذلك، وبعد ما خاصمه[٢] إنسان لا يباح الانتفاع بها، ويأثم بترك الظلة.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: يباح له الانتفاع إذا كان مما لا يضر بالعامة.

* * *

(١) في أ: بالشمس.
(٢) في أ: خاصم.

الفصل الثالث عشر
في الصلح عن الأشياء التي ليست بمال

إذا وقع الصلح بين الشفيع والمشتري فهذا على وجوه:

إن صالح على أن يأخذ نصف المشترى أو ثلثه أو ربعه على أن يسلم الشفعة في الباقي كان جائزًا.

ولا إشكال في جواز هذا الصلح؛ لأنه إما يعتبر أخذا بالشفعة أو بشراء مبتدأ، وأي ذلك اعتبر كان جائزًا؛ لأن المأخوذ معلوم وهو نصف الدار أو ثلثها أو ربعها والثمن معلوم بيقين فيكون جائزًا ولا إشكال في جواز هذا الصلح.

وإنما الإشكال في أنه يصير آخذًا ما أخذ بشراء مبتدأ حتى تتجدد الشفعة للشفيع فيما أخذه[1] مرة أخرى، والجواب فيه على التفصيل.

إن وجد هذا الاصطلاح منهما بعد ما تأكد حق الشفيع بالطلبين بأن وجد من الشفيع طلب المواثبة أو[2] طلب الإشهاد، فإنه يصير آخذا النصف بالشفعة حتى لا يتجدد فيما [أخذه بالشفعة][3] مرة أخرى، ويصير مسلمًا الشفعة في النصف حتى [لو][4] كان له شريك في المبيع أو في الطريق[5]، كان للجار أن يأخذ النصف الذي لم يؤخذ بالشفعة.

وإن كان هذا الاصطلاح قبل وجود الطلب من الشفيع، فإنه يصير آخذًا النصف بشراء مبتدأ، ويتجدد فيما أخذ الشفعة.

هذا إذا اصطلحا على النصف أو الثلث.

فأما إذا اصطلحا على أن يأخذ بيتا منها بعينه بما يخصه من الثمن وسلم الشفعة

---

(١) في أ: أخذ.
(٢) في أ: و.
(٣) في أ: أخذ الشفعة.
(٤) سقط في أ.
(٥) زاد في أ: حتى.

في الباقي كان الصلح باطلاً ولا شك في بطلان الصلح؛ لأنه إما أن يعتبر هذا أخذا بالشفعة في الباقي أو [بشراء][(١)] مبتدأ، وأي ذلك كان فإنه لا يصح متى كان ثمنه مجهولًا، وهاهنا ثمن البيت مجهول؛ لأن الحصة لا تعرف إلا بالحزر والظن، ولا إشكال فيه، وإنما الإشكال في بطلان شفعته، والجواب في بطلان شفعته على التفصيل الذي ذكرناه[(٢)].

إن كان هذا الصلح [قبل الطلب بطلت شفعته؛ لأن طلب البعض منه][(٣)] مثل تأكد حقه والسكوت عن الطلب سواء.

وإن كان بعد تأكد حقه بالطلبين كان على شفعته في جميع الدار، إن شاء أخذ وإن شاء ترك؛ لأنه إنما سلم الشفعة في الباقي بعد التأكد بشرط أن يسلم له البيت، فإذا لم يسلم له البيت لم يصح له التسليم، فكان على حقه.

فأما إذا صالحه على أن يسلم الشفعة بدراهم مسماة يعطيها المشتري، كان الصلح باطلاً، ويصير مسلمًا الشفعة.

أما [أن الصلح باطل، فلأنه][(٤)] اعتياض عن حق الشفعة وإنه باطل، عرف في كتاب الشفعة على الاستقصاء ويصير مسلمًا الشفعة.

وإن كان التسليم بشرط العوض لم يسلم له العوض.

فرق بين هذا وبين ما إذا وقع الصلح على أن يأخذ بيتًا منها بما يخصه من الثمن على أن يسلم الشفعة في الباقي. ذكر أنه على شفعته في جميع الدار ما لم يسلم له ما شرط بإزاء التسليم، وقال هاهنا بأن التسليم جائز.

فإذا وقع الصلح عن الكفالة بالنفس على دراهم لم يجز الصلح عنها، وهل تبطل

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: ذكرنا.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: الصلح باطلا لأنه.

الكفالة بالنفس [على دراهم؟][١] فيه روايتان:

في رواية كتاب الشفعة والحوالة، والكفالة وفي الصلح وفي رواية أبي حفص - رحمه الله - تبطل وبه يفتى.

وفي الصلح في رواية أبي سليمان - رحمه الله - [لا تبطل، فعلى رواية أبي سليمان][٢] تقع الحاجة إلى الفرق بين الكفالة بالنفس وبين الشفعة، فإنه إذا وقع الصلح عن الشفعة على دراهم مسماة، لم يجز الصلح وتبطل الشفعة.

* * *

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.

الفصل الرابع عشر
في مسألة الأجل وفيه بعض مسائل الإبراء

من عليه الدين المؤجل إذا قضى المال قبل حل أجله ثم استحق المقبوض من يد الطالب، عاد المال مؤجلاً؛ لأن الأجل إنما يسقط[١] حكمًا للقضاء لا مقصودًا من قبل من له الأجل.

والأصل أن الأجل إذا سقط حكمًا للسبب، فعند انفساخ ذلك السبب من كل وجه يعود الأجل كما لو سقط حكمًا للصلح ثم انفسخ الصلح.

وكذلك لو وجدها زيوفًا أو نبهرجة، أو ستوقة فردها يعود الأجل.

وكذلك لو صالح منه على عبد فاستحق العبد أو رد عليه بعيب بقضاء، يعود الأجل.

وإذا قال المطلوب: أبطلت الأجل، صار المال حالًّا؛ لأن الأجل حقه فيعمل فيه إبطاله.

وكذلك لو قال: جعلت المال حالًّا صار المال حالًّا.

وإذا قال: تركت الأجل، ففيه روايتان: قال: لا يبطل الأجل كما في قوله: لا حاجة لي في الأجل؛ لأن هذا الكلام محتمل، يحتمل تركه في ملكه كقوله: بعت جميع عبيدي وتركت هذا، معناه: تركته في ملكي، ويحتمل أبطلته فلا يبطل بالشك.

وفي رواية: يبطل الأجل؛ لأن الترك في مثل هذا إبطال بحكم العرف يقال: فلان ترك حقه، ويريدون به الإبراء.

وإذا قال المطلوب للطالب: برئت من الأجل (بنصب التاء)، سقط الأجل؛ لأنه وصفه بالبراءة عن الأجل الذي هو حقه، وإنما يتصف بالبراءة عن حقه إذا سقط حقه.

---

(١) في أ: سقط.

وأما إذا قال (برفع التاء) برئت من الأجل، ذكر في رواية أبي سليمان - رحمه الله - أنه لا يبطل، وذكر في رواية أبي حفص أنه يبطل.

حكي عن الحاكم عبد الرحمن الكاتب - رحمه الله - أنه كان يقول: ليس في المسألة اختلاف الروايتين، ولكن[١] ما ذكر في رواية أبي سليمان محمول على ما إذا قال برفع التاء، وما ذكر في رواية أبي حفص محمول على ما إذا قال بنصب التاء.

ومن المشايخ من قال: إذا ذكر برفع التاء ففي المسألة روايتان: وإذا قال الطالب للمطلوب برئت من الدين (بنصب التاء) يبرأ عن الدين بالاتفاق.

وإذا قال: برئت (برفع التاء)، بعض مشايخنا - رحمهم الله - قال يبرأ، وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - عن أستاذه أن في هذا الفصل روايتين.

* * *

(١) في أ: لكن.

الفصل الخامس عشر
في إقامة البينة من المدعى عليه بعد الصلح

[في المنتقى][(١)]، قال هشام: سألت محمدًا - رحمه الله - في رجل ادعى على رجل مالًا وجحده المدعى عليه، أو أعطاه إياه أو صالحه من دعواه، ثم أقام المدعى عليه بينة أن المدعي قال قبل القضاء أو قبل الصلح: ليس لي قبل فلان شيء، فالقضاء والصلح ماضيان وإن أقام بينة أنه أقر بذلك بعد الصلح والقضاء بطل الصلح والقضاء.

ولو كان القاضي قد قضى عليه بالمال ببينة، ثم أقام المدعى عليه بينة أن المدعي أقر قبل أن يقضي له القاضي أنه ليس له عليه شيء بطل المال فيه.

بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا وقع الصلح على ألف درهم دين على عبد [ثم][(٢)] تصادقا أنه لا دين، فالمدفوع إليه العبد بالخيار، إن شاء رده على صاحبه، وإن شاء أمسك العبد ورد عليه ألف درهم على أن يسلمها له، ثم المدعى عليه أراد أن يقيم بينة أنها له ليرجع في الألف، ليس له في ذلك.

وكذلك [لو ادعى دارًا في يدي رجل فصالحه على ألف درهم على أن يسلمها ذا اليد، ثم أقام ذو اليد البينة][(٣)] أنها لفلان، اشتراها منه، أو أنها كانت لابن فلان مات أبوه وتركها ميراثًا له، هكذا روى ابن سماعة، عن أبي يوسف - رحمه الله - وعلل فقال فيها قوله: فإنما افتدى يمينه بما بذل فلا[(٤)] يستطيع أن يرجع فيه.

قال: ولو أقام بينة أنه اشتراه[(٥)] من المدعي قبل الصلح، قبلت بينته وبطل الصلح.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: إن أقام بينة.
(٤) في أ: فلان.
(٥) في أ: اشتراها.

ولو لم يقم بينة على الشراء، وإنما أقام بينته على صلح صالحه قبل هذا، أمضيت الصلح الأول وأبطلت الثاني.

قال: كل صلح وقع بعد صلح فالأول صحيح، والثاني باطل، وكل صلح وقع بعد الشراء، فهو باطل.

وإن كان شراء بعد شراء فالشراء الثاني أحق، وإن كان صلحًا بما اشترى بعد ذلك أجزنا الشراء وأبطلنا الصلح.

ذكر في بعض الكتب: إذا صالح على مال، ثم أعاد الصلح على مال آخر، إن كان البدل الثاني مثل الأول، فالصلح هو الأول دون الثاني، وإن كان الثاني أكثر من الأول أو دون الأول، فالصلح هو الثاني، وهو نظير ما لو باع ثم باع ثانيًا.

ادعى دارًا في يدي رجل، فادعى المدعى عليه الصلح قبل ذلك ولم يقم على ذلك بينة وقضى القاضي بالدار للمدعي، وباعها المدعي من رجل ثم إن المدعى عليه أراد أن يحلف المدعي بالله ما صالحتني من دعواك في هذه الدار قبل الدعوى، فله ذلك.

فإذا حلفه ونكل عن اليمين، كان للمدعى عليه الخيار إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء ضمنه.

وإذا [ادعى دارًا][١] في يدي رجل إرثًا عن أبيه، ثم اصطلحا على شيء، ثم المدعى [عليه][٢] أقام بينة أنه كان اشترى من أبي هذا المدعي حال حياته، أو أقام بينة أنه كان اشتراها من فلان، وفلان كان اشتراها من أبي هذا المدعي لا تقبل بينته؛ لأنه ساع في نقض[٣] ما تم به؛ لأنه لو ظهر ذلك يبطل الصلح.

وقد كتبنا مثل[٤] هذا عن أبي يوسف - رحمه الله -: فيما إذا وقعت الدعوى

(١) في أ: كان دار.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: نقص.
(٤) في أ: قبل.

مطلقًا، ثم أقام المدعى عليه بينة على أنه كان اشتراها من هذا المدعي قبل الصلح قبلت بينته ويبطل الصلح.

وإذا وقع الصلح عن دعوى الدين، ثم إن المدعى عليه ادعى الإيفاء قبل الصلح وأقام على ذلك بينة، لا تقبل بينته، وعلى هذا فتوى بعض مشايخ زماننا.

وقد كتبنا في كتاب الدعوى، فيه اختلاف المشايخ، والوجه لقول هذا القائل أنه ساع في نقض ما تم به؛ لأنه لو ثبت الإيفاء يبطل الصلح.

ولو ادعى الإبراء قبل الصلح إن كان الصلح عن إنكار لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته؛ لأنه ساع في إبطال الصلح.

وإن كان الصلح عن إقرار تسمع دعواه؛ لأنه لا يبطل الصلح.

❊ ❊ ❊

الفصل السادس عشر
في المتفرقات

لا ينبغي للقاضي أن يباشر [الصلح] بنفسه، بل يفوض ذلك إلى غيره من المتوسطين به لورود الأثر عن عمر - رضي الله عنه.

وينبغي للقاضي ألا يبادر في القضاء، بل يرد الخصومة إلى الصلح مرتين أو ثلاثًا إذا كان يرجو الإصلاح بينهم، بأن كانوا يميلون إلى الصلح ولا يطلبون القضاء.

وإن أبوا الصلح فهذا على وجهين:

إن كان وجه القضاء ملتبسًا غير مستبين فللقاضي أن يردهم إلى الصلح مرتين أو ثلاثًا.

وإن كان وجه القضاء مستبينًا ينظر:

إن وقعت الخصومة بين أجنبيين يقضي بينهم ولا يردهم إلى الصلح متى أبوا.

وإن وقعت الخصومة بين أهل قبيلتين أو بين المحارم، يردهم إلى الصلح مرتين أو ثلاثًا وإن أبو الصلح، ذكر هذه الجملة شيخ الإسلام في أول شرح كتاب الصلح.

وفي مجموع النوازل: ادعى رجل على رجل دينًا خمسة آلاف درهم، وكرمًا في يده، وجحده المدعى عليه ذلك، ثم إن المدعى عليه صالحه على ألف درهم، كان جائزًا، ويكون هذا الصلح في حق الكرم معاوضة وفي حق الدراهم استيفاء لبعض الحق وحطا للباقي، وتقسم الألف على خمسة آلاف وعلى قيمة الكرم حتى يظهر حصة الكرم.

وفيه أيضًا: سئل شيخ الإسلام - رحمه الله - عن صحة صلح وبراءة، وكان فيه: ادعى فلان مالًا معلومًا، وأنه صالحه من ذلك على ثمانية آلاف درهم وكان في آخره أنه أبرأه عن جميع دعاويه وخصوماته فقال: الصلح غير صحيح؛ لأنه أجمل الذي كان فيه الدعوى فقال: ادعى مالا معلوما، وصالح على كذا، فلابد من بيان ذلك المال لينظر أنه مثل بدل الصلح أو أقل أو أكثر ومن جنسه أو من خلاف جنسه،

وهل هو صرف؟

وقد ذكر أنه قبض في غير مجلس الصلح فلا يمكن تصحيحه على الإطلاق مع هذا الاحتمال[١].

وفيه أيضًا: سئل عن الصلح على الإنكار بعد دعوى فاسدة هل يصح؟ قال: لا؛ لأن طريق تصحيح الصلح على الإنكار من جانب المدعي أن يجعل ما أخذ عين حقه أو عوضا عن حقه [و][٢] لا بد أن يكون ثابتا في حقه ليمكن تصحيح هذا الصلح.

ادعى على آخر مالا معلوما، وادعى المدعى عليه الصلح، إن كان الصلح على جنس الحق لا حاجة إلى ذكر قبض بدل الصلح [وإن كان][٣] على خلاف جنس حقه لا بد من ذكر قبض بدل الصلح متى[٤] ذكر قبضه في مجلس الصلح.

وهل يشترط بيان بدل الصلح؟ بعض المتأخرين قالوا يشترط وبعضهم قالوا: لا يشترط وذكره يغني عن بيانه كما في ثمن المبيع وإنه لا يحتاج إلى بيانه عند ذكر قبضه.

وفي فتاوى الفضلي: اشترى من آخر ضيعة، ثم اشترى هذه الضيعة رجل آخر من البائع أيضًا، واستولى المشتري الثاني عليها وأخذها قهرا، فصالح المشتري الثاني المشتري الأول على مال على أن يتركها في يد المشتري الثاني ولا يخاصمه فيها، وأخذ المال، ثم أراد المشتري الثاني استرداد بدل الصلح، قال: على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -: الضيعة صارت ملكا للمشتري الثاني من جهة المشتري الأول؛ لأنه صار كأنه اشتراها من المشتري الأول، وبيع العقار قبل القبض جائز عندهما. فليس للمشتري حق استرداد بدل الصلح من هذا الوجه.

وعند محمد - رحمه الله -: بيع العقار قبل القبض لم يجز، فلا يجوز هذا البيع

---

(١) في أ: الاحتمالات.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: ومن.

فكان للمشتري الثاني حق استرداد ما دفع إلى المشتري الأول، وبقي الملك في الضيعة للمشتري الأول، وبقى المشتري الثاني غاصبا على حاله.

قال المدعي بعد ما صالح وقبض بدل الصلح: إني كنت مبطلا في الدعوى، كان للمدعى عليه أن يرجع بما أخذ من بدل الصلح.

ادعى على آخر أن له خمسين دينارا في يده من مال الشركة وعليه خمسون دينارا قرضا والمدعى عليه مقر بمال الشركة، ثم اصطلحا على خمسين دينارا، لا يصح الصلح في حصة الشركة ويصح في حصة القرض؛ لأن هذا الصلح في حصة الشركة معاوضة فيكون ربا، وفي حصة القرض إسقاط بعض الحق.

وإن أنكر المدعى عليه مال الشركة، ثم اصطلحا، فالصلح جائز في حصة القرض والشركة جميعا، وبالإنكار صار مال الشركة دينا فيكون هذا الصلح إسقاطا في حصة الشركة والقرض جميعا.

قيل لصاحب الدين: (أزين مبلغ حدين بمأن)، فقال: (ما ندم). فهذا منه إسقاط لذلك المقدار عرفا، فإن الناس تعارفوا على هذا اللفظ للإسقاط إذا شرطا[1] في الصلح، فإن كان الشرط فاسدًا، يبطل به الصلح، وإن لم يكن فاسدًا، لا يبطل به الصلح.

ادعى على وارث الميت[2] دينا في تركته وأثبته بالبينة، ثم إن وارثا آخر غير الذي أقيمت عليه البينة صالح المدعي على بعض ما ادعى، فلما طلب بدل الصلح، قال المصالح: أنا أقيم عليه بينة أن مورثي أوفاك هذا المال، لا تقبل بينته.

ولو أقام وارث آخر بينة على ذلك، تقبل.

الوكيل بالخصومة إذا صالح لا يصح الصلح، بخلاف ما إذا أقر.

كان على الميت دينار ومبلغ من الحنطة والشعير، فصالح غريمه مع ورثته على

---

(١) في أ: اشترطا.
(٢) في أ: ميت.

دنانير معدودة وعلى قدر من الحنطة دون ما كان على الميت وتفرقوا من غير قبض، فقد بطل الصلح.

كان على رجل ألف درهم دين، فقضاه دراهم مجهولة بالدين، لا يجوز، ولو أعطاه على وجه الصلح يكون جائزًا. وإن كان مجهولا فيحتمل أن المقبوض أكثر من أحد البدلين.

أحد ربي الدين إذا صالح عن الدين المشترك من نصيبه على ثوب، فالشريك الساكت بالخيار: إن [شاء اختار الغريم، وإن](١) شاء اختار اتباع [الشريك، فإن اختار اتباع](٢) شريكه، رجع عليه بربع دينه إلا أن يشاء شريكه أن يرد عليه نصف الثوب فحينئذ لا يكون له أن يرجع عليه بشيء من الدين.

ادعى عبدا في يدي رجل أنه عبده، وأنكر المدعى عليه ذلك، فقبل أن يقيم المدعي البينة توسط المتوسطون على أن يدفع المدعي خمسة دراهم أو ما أشبه ذلك ويأخذ العبد، فاصطلحا على هذا الوجه، فهذا الصلح صحيح، ويكون دفع المدعي للدراهم ليقطع الخصومة تيسيرا للأمر على نفسه من إقامة البينة ونحوها، فيكون جائزًا كما في جانب المدعى عليه إذا دفع مع الإنكار شيئًا.

المدعى عليه إذا صالح المدعي عن حقه كان إقرارًا له بالحق، ولو صالح عن دعواه لا يكون إقرارًا [له](٣) بالحق.

وإذا كان له على آخر ألف درهم، فصالحه منها على خمسمائة جاز، ولو باع ما في ذمته بخمسمائة لا يجوز.

وذكر في أجناس الناطفي: ادعى حقًا في دار في يد الورثة، فصالح أحدهم من حقه على أن يكون له خاصة جاز، وإن ظفر(٤) به.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: قر.

قال الناطفي: وهذا دليل على جواز البيع المجهول بلفظ الصلح.

كذا حكي عن صلح الأصل فالمذكور ثمة: دار في يد ورثة ادعى رجل فيها حقا وبعضهم غائب، فصالح الحاضر منهم المدعي على شيء مسمى من جميع حقه فهو جائز؛ لأنه في حصة شركائه متبرع بالصلح، وصلح المتبرع جائز إذا التزم العوض، والدار للورثة على حالها؛ لأن المدعي يسقط حقه بما أخذ من العوض ولا يملك شيئًا مما يأخذ منه العوض، ولا يرجع هذا المصالح عليهم بشيء؛ لأنهم لم يأمروه بدفع شيء.

ولو كان صالح على أن يكون حقه له خاصة دون الورثة، فهو جائز أيضًا؛ لأن المدعي يملك ما يدعيه لنفسه من الذي يصالحه بما يستوفي منه من العوض والصلح مبني [على][1] زعمه فيجوز، ثم يقوم هذا المصالح مقام المدعي فيما بينه وبين شركائه على حجة المدعي، فإن ثبت له بالحجة ملك شيء معلوم ثبت ملكه في ذلك بالشراء.

وإن لم يكن له بينة فله أن يرجع على المدعي بحصة شركائه التي لم تسلم له؛ لأن المدعي عاجز عن تسليم ذلك إليه والصلح مبني على زعمه فيتحقق عجزه عن التسليم في ذلك القدر فيبطل الشراء منه، ويرجع بما يقابله من البدل.

ألا ترى أن رجلا لو ادعى دارا في يد آخر فصالحه رجل منها على عبد على أن تكون الدار له، ثم خاصمه الذي في يديه الدار فلم يظفر بشيء، كان له أن يرجع على المدعي بالعبد إن كان قائمًا أو بقيمته إن كان هالكا؛ لأن العقد انفسخ بينهما لتعذر تسليم المعقود عليه بزعمهما كذا هاهنا.

وفي شفعة الجامع من مكتوبي: رجل مات وترك ألف درهم ولرجلين لكل واحد منهما على الميت ألف درهم، حضر أحدهما وصالح الوارث عن خمسمائة

---

(١) سقط في أ.

وأخذها، ثم حضر الآخر فإنه يأخذ الخمسمائة الباقية [التي][(١)] في يد الوارث ونصف الخمسمائة التي أخذها المصالح، فيكون للثاني ثلاثة أرباع الألف وللأول ربع الألف.

وبمثله لو أن الأول حين حضر قضى القاضي له بخمسمائة، ثم حضر الآخر فإنه لا يكون للآخر إلا الخمسمائة الباقية في يد الوارث. والله أعلم.

* * *

(١) سقط في أ.

كتاب الرهن(1)

هذا الكتاب يشتمل على أربعة عشر فصلاً:

الفصل الأول: في بيان شرائطه.

الفصل الثاني: في وضع الرهن على يدي العدل.

الفصل الثالث: في بيان الدين الذي يجوز الرهن به.

الفصل الرابع: في هلاك الرهن بضمان وبغير ضمان.

الفصل الخامس: في نفقة الرهن وأشباهها.

الفصل السادس: في تصرف الراهن والمرتهن في الرهن.

الفصل السابع: في الاختلاف الواقع في الرهن والدعوى فيه والشهادة عليه.

الفصل الثامن: في الرهن الذي يكلف صاحبه الإحضار حتى يعطى ماله والذي لا يكلف.

---

(1) الرهن يطلق لُغَةً على: العين المرهونة. قال ابن سيده: الرهن ما وضع عند الإنسان مما ينوب مَنَابَ ما أخذ منه. يقال: رهنت فلانًا رهنًا، وارتهنته: إذا أخذه رهنًا، والرهينة - واحدة الرهائن -، والهاء للمبالغة كالشتيمة والشتم، ثم استعملا في معنى المرهون، فقيل: هو رهن بكذا، أو رهينة بكذا. وقال ابن عرفة: الرهن في كلام العرب هو الملزم، يقال: هذا راهن لك، أي: دائم محبوس عليك، وقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨] وقوله عز وحل: ﴿كُلُّ ٱمْرِيٍٕ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١] أي: محتبس بعمله، ورهينة: محبوسة بكَسْبها.

واصطلاحًا: عرفه الحنفية بأنه: جعل الشيء محبوسًا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن؛ كالديون.

وعرفه المالكية بأنه: مال قبضه توثقًا به في دين.

وعرفه الشافعية بأنه: جعل عين مال متمولة وثيقة بدين؛ ليستوفى منها عند تعذر وفائه.

وعرفه الحنابلة بأنه: المال الذي يجعل وثيقة بالدين؛ ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه من ذمة الغريم.

ينظر: لسان العرب (٣/ ١٧٥٧، ١٧٥٨)، المصباح المنير (١/ ٣٣٠)، الصحاح (٥/ ٢١٢٨)، المغرب (١/ ٣٥٦)، تكملة فتح القدير (١/ ١٣٥)، مجمع الأنهر (٢/ ٥٨٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٣١)، أسهل المدارك (٢/ ٢٦٦)، حاشية الشرقاوي على شرح التحرير (٢/ ١٠٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٢١)، الإقناع في فقه الحنابلة (٢/ ١٥٠)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٣٦١).

الفصل التاسع: في استحقاق الرهن بعد الهلاك.

الفصل العاشر: في الراهن الذي يكون له أن يقبض البعض دون البعض.

الفصل الحادي عشر: في الرهن الفاسد إذا أراد الراهن استرداده بحكم الفساد بعدما قبض الرهن والراهن يموت وعليه ديون كثيرة.

الفصل الثاني عشر: في رهن الأب والوصي.

الفصل الثالث عشر: في الرجل يستعير من آخر شيئًا على أن يرهنه بدينه.

الفصل الرابع عشر: في المتفرقات.

* * *

الفصل الأول
في بيان شرائطه

قال محمد - رحمه الله - في كتاب الرهن: لا يجوز الرهن إلا مقبوضًا، فقد أشار إلى أن القبض شرط جواز الرهن[١].

---

(١) لا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز رهن كل متمول يمكن أخذ الدين منه، أو من ثمنه عند تعذر وفاء الدين من ذمة الراهن. ثم اختلفوا في بعض التفاصيل.

فقال الشافعية، والحنابلة: إن كل عين جاز بيعها، جاز رهنها؛ لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه إذا تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها؛ ولأن ما كان محلا للبيع، كان محلا لحكمة الرهن، فيصح عندهم بيع المشاع، سواء رهن عند شريكه، أم عند غيره، قبل القسمة، أم لم يقبلها، وما لا يصح بيعه لا يصح رهنه، فلا يصح رهن المسلم، أو ارتهانه كلبا، أو خنزيرا، أو خمرا.

وقال المالكية: يجوز رهن ما فيه غرر يسير، كبعير شارد، وثمر لم يبد صلاحه؛ لأن للمرتهن دفع ماله بغير وثيقة، فساغ أخذه بما فيه غرر؛ لأنه شيء في الجملة، وهو خير من لا شيء، بخلاف ما فيه غرر شديد كالجنين، وزرع لم يخلق.

واشترط الحنفية في المرهون ما يلي:

١- أن يكون محوزا - أي: مقسوما - فلا يجوز رهن المشاع.

٢- وأن يكون مفرغا عن ملك الراهن، فلا يجوز رهن مشغول بحق الراهن، كدار فيها متاعه.

٣- وأن يكون مميزا، فلا يجوز رهن المتصل بغيره اتصال خلقة، كالثمر على الشجر بدون الشجر؛ لأن المرهون متصل بغير المرهون خلقة، فصار كالشائع.

ينظر: حاشية الطحطاوي (٤/ ٢٣٥)، والهداية (٤/ ١٢٦)، وبلغة السالك (٢/ ١٠٩)، وشرح الزرقاني (٥/ ٢٣٧)، وفتح الباري (٩/ ٦٩، ٧٠)، والمجموع (١٣/ ١٩٨)، ونهاية المحتاج (٤/ ٢٣٨)، والمغني، لابن قدامة (٤/ ٣٧٤).

واتفق الفقهاء على أنه يجوز أخذ الرهن بكل حق لازم في الذمة، أو آيل إلى اللزوم، ثم اختلفوا في بعض التفاصيل.

فقال الشافعية: يشترط فيما يجوز أخذ الرهن به ثلاثة شروط:

١- أن يكون دينا، فلا يصح أخذ الرهن بالأعيان مضمونة كانت، أو أمانة، وسواء كان ضمان العين بحكم العقد، أو بحكم اليد، كالمستعار، والمأخوذ بالسوم، والمغصوب، والأمانات الشرعية كالوديعة ونحوها، وقالوا: لأن الله تعالى ذكر الرهن في المداينة، فلا يثبت في غيرها؛ ولأن الأعيان لا تستوفى من ثمن المرهون، وذلك مخالف لقرض الرهن عند بيعه.

٢- أن يكون الدين ثابتا، فلا يصح أخذ الرهن بما ليس بثابت، وإن وجد سبب وجوبه، فلا يصح بما سيقرضه غدا، أو نفقة زوجته غدا؛ لأن الرهن وثيقة حق، فلا يتقدم عليه، =

....

=

وهو رأي الحنابلة.

٣- أن يكون الدين لازما، أو آيلا إلى اللزوم، فلا يصح بجعل الجعالة قبل الفراغ من العمل؛ لأنه لا فائدة في الوثيقة مع تمكن المديون من إسقاطها.

فيصح عندهم أخذ الرهن بكل حق لازم في الذمة ثابت غير معرض للإسقاط من الراهن، كدين السلم، وعوض القرض، وثمن المبيعات، وقيم المتلفات، والمهر، وعوض الخلع غير المعينين، والدية على العاقلة بعد حلول الحول، والأجرة في إجارة العين.

وقال المالكية: يجوز أخذ الرهن بجميع الأثمان الواقعة في جميع البيوعات، إلا الصرف، ورأس مال السلم؛ لأنه يشترط فيهما التقابض في المجلس، ويجوز أخذ الرهن بدين السلم والقرض، والمغصوب، وقيم المتلفات، وأرش الجنايات في الأموال، وجراح العمد الذي لا قود فيه كالمأمومة، والجائفة، وارتهان قبل الدين من قرض أو بيع، وما يلزم المستأجر من الأجرة بسبب عمل يعمله الأجير له بنفسه أو دابته، وما يلزم بسبب جعالة ما يلزم بالعارية المضمونة.

وقال الحنفية: يجوز أخذ الرهن بعوض القرض وإن كان قبل ثبوته، بأن يرهنه ليقرضه مبلغا من النقود في الشهر القادم، فإن هلك الرهن في يد المرتهن، كان مضمونا بما وعد من الدين، وبرأس مال السلم، وثمن الصرف، والمسلم فيه، فإن هلك الرهن في المجلس تم الصرف والسلم، وصار المرتهن مستوفيا حقه حكما، وإن افترقا قبل نقد - قبض - أو هلاك، بطلا.

ويجوز الرهن بالأعيان المضمونة بعينها كالمغصوبة، وبدل الخلع، والصداق، وبدل الصلح عن دم العمد؛ لأن الضمان متقرر، فإنه إن كان قائما وجب تسليمه، وإن كان هالكا تجب قيمته، فكان رهنا بما هو مضمون.

أما الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع، والأمانات الشرعية كالودائع، والعواري، والمضاربات، ومال الشركة، فلا يجوز أخذ الرهن بها.

وقال الحنابلة: يصح الرهن بكل دين واجب، أو مآله إلى الوجوب، كقرض، وقيمة متلف، وثمن في مدة الخيار، وعلى العين المضمونة كالمغصوب والعواري، والمقبوض على وجه السوم، والمقبوض بعقد فاسد.

لأن المقصود من الرهن الوثيقة بالحق، وهو حاصل، فإن الرهن بهذه الأعيان يحمل الراهن على أدائها، فإن تعذر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الرهن، فأشبهت ما في الذمة.

ويجوز أخذ الرهن على منفعة إجارة في الذمة، كمن استؤجر لبناء دار، وحمل شيء معلوم إلى محل معين، فإن لم يعمل الأجير العمل بيع الرهن، واستؤجر منه من يعمله. ويجوز أخذ الرهن بدية على عاقلة بعد حلول الحول لوجوبها، أما قبل حلول الحول، فلا يصح؛ لعدم وجوبها. ولا يجوز أخذ الرهن على جعل الجعالة قبل العمل، ولا على عوض مسابقة قبل العمل؛ لعدم وجوب ذلك، ولا يتحقق أنه يؤول إلى الوجوب. وبعد العمل جاز فيهما.

=

قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده: الرهن قبل القبض جائز إلا أنه غير لازم، وإنما يصير لازمًا في حق الراهن بالقبض، فكان القبض شرط اللزوم [لا شرط][(١)] الجواز، كالقبض في الهبة والأول أصح.

وهذا القبض يقع بالتخلية في ظاهر الرواية، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -.

ومن شرائطه: أن يكون المرهون مقسومًا حتى إن رهن المشاع عندنا لا يجوز سواء كان مشاعًا يحتمل القسمة أو لا يحتمل، وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه.

والشيوع الطارئ يبطل الرهن، هكذا ذكر [في][(٢)] الزيادات، وبه أخذ شمس

= ولا يصح أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمة كالثمن المعين، كقطعة من الذهب جعلت بعينها ثمنا، والأجرة المعينة في الإجارة، والمنفعة المعينة المعقود عليها في الإجارة، كدار معينة، ودابة معينة، لحمل شيء معين إلى مكان معلوم؛ لأن الذمة لم يتعلق بها في هذه الصور حق واجب، ولا يؤول إلى الوجوب؛ ولأن الحق يتعلق بأعيان هذه الأشياء.

ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٥)، وحاشية الطحطاوي (٤/ ٢٤٠)، والهداية (٤/ ١٣٣)، والخرشي (٥/ ٢٣٦)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٤٤)، وبلغة السالك (٢/ ١١٦)، ونهاية المحتاج (٤/ ٢٣٦)، وروضة الطالبين (٤/ ٥٣)، وأسنى المطالب (٢/ ١٥٠)، والمغني، لابن قدامة (٤/ ٣٦٤)، وكشاف القناع (٣/ ٣٢٢، ٣٢٤)، والإنصاف (٥/ ١٣٧، ١٣٨).

واختلف الفقهاء فيما يلزم به الرهن: فذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى أن عقد الرهن لا يلزم إلا بالقبض والإقباض من جائز التصرف، وللراهن الرجوع عنه قبل القبض لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. فلو لزم عقد الرهن بدون قبض لما كان للتقييد به فائدة؛ ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول، فافتقر إلى القبض. وقال بعض أصحاب الإمام أحمد: إن كان المرهون مكيلا، أو موزونا، لا يلزم رهنه إلا بالقبض، وفيما عداهما روايتان عن أحمد، إحداهما: لا يلزم إلا بالقبض، والأخرى: يلزم بمجرد العقد كالبيع.

وقال المالكية: يلزم عقد الرهن بالعقد، ثم يجبر الراهن على التسليم للمرتهن؛ لأنه عقد يلزم بالقبض، فيلزم بالعقد قبله كالبيع. هذا، وإذا شرط الراهن أو الكفيل في عقد ما، ثم لم يف الملتزم،بالشرط فللآخر الفسخ.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٠٨)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٤٥)، وحاشية البناني على شرح الزرقاني (٥/ ٢٣٣)، وأسنى المطالب (٢/ ١٥٥)، ونهاية المحتاج (٤/ ٢٥٣)، والمغني، لابن قدامة (٤/ ٣٦٤).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

الأئمة السرخسي - رحمه الله - وهو الصحيح.

وصورته: أن يرهن جميع العين ثم يتفاسخا العقد في النصف أو ما أشبه ذلك.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه رجع عن هذا وقال: الشيوع الطارئ لا يبطل الرهن بخلاف المقارن، وقاس ذلك بصيرورة المرهون دينًا في الذمة، فإن من أتلف المرهون أو باع المرهون بثمن فالقيمة والثمن يكونان[1] رهنًا في ذمة من عليه.

وابتداء عقد الرهن مضافًا إلى دين في الذمة لا يجوز، وحال البقاء فكذا الشيوع.

ولو رهن أرضًا وقبضها، ثم استحق طائفة منها، إن كان المستحق غير معين، يبطل الرهن في الباقي.

وإن كان المستحق بعينه بقي الرهن في الباقي جائزًا، ولا يكون للمرتهن خيار فيما بقي، ولا يكون له المطالبة بشيء آخر مكان المستحق.

والشيوع فيما بين الراهنين لا يمنع صحة الرهن إذا وقع العقد في حق المرتهن جملة حتى إذا كان لرجل على رجلين دين على كل واحد منهما دين على حدة رهناه به عبدًا مشتركًا بينهما بجميع حقه رهنًا واحدًا جاز.

وإذا رهن كل واحد منهما نصيبه من العبد لا يصح، وإنما لا يصح هذا العقد، وإن لم يتمكن من الشيوع في الثاني [لوجود][2] مانع صحة الرهن.

ألا ترى إلى ما ذكر في الأصل وفي الجامع: إذا رهن الرجل عبده بألف درهم نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة لا يجوز؛ لأنه لو جاز يتفرق الرهن لتفرق[3] الدين فيؤدي إلى أن يفتك أحد النصفين[4] عند أداء خمسمائة وبقي الرهن [بتفرق الدين][5] في النصف الآخر شائعًا، فعلم أن الشيوع في الثاني مانع صحة الرهن.

---

(١) في أ: يكون.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: بتفرق.
(٤) في أ: النصيبين.
(٥) سقط في أ.

رجل له على رجل ألف درهم دين وله على آخر مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة، فرهناه عبدًا مشتركًا بينهما[١] بجميع حقه وقيمة العبد ألفا درهم صح الرهن.

وإذا هلك العبد في يد المرتهن يصير المرتهن مستوفيًا من الدين بقدر قيمة العبد وذلك أربعة أخماس دينه فيصير مستوفيًا من الدنانير ثمانين ويبقى عشرون دينارًا على الذي عليه الدنانير، ويصير مستوفيًا من الدراهم ثمانمائة ويبقى له مائتا درهم على الذي عليه الدراهم، ويرجع من عليه الدنانير [على الآخر][٢] بأربعمائة دراهم، فيرجع من عليه [الدراهم على الآخر][٣] بأربعين دينارًا، وهذه الجملة في الباب الثالث من رهن الجامع من[٤] مكتوبي.

ومن شرائطه: أن يكون المرهون مفرزًا عن غيره فارغًا عن الشغل حتى لو رهن ثمرة في نخل بدون النخل، والشجر دون الأرض، أو البناء دون الأرض فهو باطل، إلا أن يقول: بأصولها، فحينئذ يدخل مواضعها من الأرض في الرهن وذلك معين معلوم فيجوز.

وكذلك لو رهن الأرض دون البناء لا يجوز، ولو رهن الأرض دون النخيل لم يجز في ظاهر الرواية.

وكذلك لو رهن الأشجار دون الثمار لا يجوز.

[قال][٥] في شرح الطحاوي: [إلا إذا فصل أحدهما من صاحبه وسلمه إليه مفصولًا، أو أمر الراهن المرتهن بالفصل والقبض فحينئذ يجوز في هذه المسائل كلها.

---

(١) زاد في أ: واحدا.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ا: الدنانير.
(٤) في أ: في.
(٥) سقط في أ.

وأما إذا رهن نخلاً فيها تمر، ورهن أرضًا فيها زرع ولم يتعرض للزرع والتمر بالنفي والإثبات جاز، ويدخل التمر والزرع في الرهن.

فالحاصل: أن كل ما كان متصلاً بالمرهون اتصال اختلاط وامتزاج يدخل في الرهن من غير ذكر، بخلاف البيع والهبة.

ولو رهن دارًا فيها متاع الراهن لا يصح، قال في شرح الطحاوي: وكذلك لو رهن حانوتًا فيه متاع الراهن أو رهن جوالقًا فيه متاع الراهن، والحيلة في ذلك أن يودع أولًا من المرتهن فيه من المتاع، ثم يرهن الدار والجوالق منه.

أو يودع المتاع منه بعد ما رهن الدار، ثم يسلم إليه ما رهن فيصح الرهن والتسليم.

ولو رهن المتاع الذي في الدار والحانوت والجوالق وخلى بينهما وبين المرتهن صح التسليم.

ومن شرائطه: أن يكون المرهون شيئًا يقبل البيع والشراء، حتى لو رهن خمرًا أو خنزيرًا بدين عليه، لا يكون المرهون مضمونًا عليه.

ومن جملة شرائطه: أن يكون الراهن حاصلاً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون حتى إذا رهن بما لا يمكن استيفاؤه من الرهن كان الرهن باطلاً، كالرهن بالحدود والقصاص وكذلك الرهن بالأعيان.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده: الرهن بالأعيان باطل مضمونًا كان العين أو غير مضمون.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - الرهن بالأعيان على ثلاثة أوجه:

أحدهما: الرهن بعين هو أمانة كالوديعة في يد المودع وما أشبه ذلك وإنه باطل.

وزاد في شرح الطحاوي على هذا فرعًا فقال: ليس له أن يحبسه رهنًا به ولو هلك في يده قبل الحبس هلك أمانة، ولو هلك بعد الحبس يهلك مضمونًا عليه.

الثاني: الرهن لعين مضمون بعينه، كالمغصوب وغيره وإنه صحيح.

وفرع على هذا في شرح الطحاوي - رحمه الله - وله أن يحبس الرهن حتى يسترد العين[١]، فإن هلك الرهن في يده قبل استرداد العين لا يصير مستوفيًا العين،

---

(١) يكون للمرتهن حق حبس الرهن لحين فكاكه، وأن يكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن إذا توفي الراهن.

وللرهن ثلاثة أحكام:

الأول: أن يكون للمرتهن حق حبس المرهون - أي: صلاحية توقيفه - بينما يؤدي المدين - أي: الراهن - أو أجنبي الدين الذي جعل الرهن في مقابلته إلى المرتهن، أو إلى نائبه كوكيله، أو وصيه، أو يهب المرتهن الرهن، أو يبرئه منه.

الثاني: أن يكون المرتهن أحق وأولى من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن قبل الفكاك، إذا توفي الراهن، أو كان حيا.

الثالث: يسقط من الدين عند هلاك المرهون في يد المرتهن بمقدار المرهون.

الحاصل: أن الرهن عند الحنفية ثلاثة أضرب:

١- رهن صحيح، وهو الرهن بالدين، والأعيان المضمونة بأنفسها.

٢- رهن فاسد، كالرهن بالخمر، والخنزير.

٣- رهن باطل، كالرهن بالأمانات، والأعيان المضمونة بغيرها، وبالدرك.

- وعليه: فالرهن الصحيح، والفاسد يتعلق بهما الضمان، كما يتعلق بالبيع الصحيح، والفاسد.

- أما الرهن الباطل فلا يتعلق به ضمان، كالبيع بالميتة والدم. فلو استأجر مغنية أو نائحة، وأعطاها بالأجر رهنا، فهو باطل، وإن ضاع من يدها، لم يكن عليها ضمانه؛ لأن الإجارة باطلة، والأجر غير مضمون، والرهن إذا لم يكن في مقابله شيء مضمون، يكون باطلا.

رغم أن جمهور الفقهاء لا يفرقون في قواعدهم العامة بين الباطل والفاسد، إلا أنه بالنسبة لبعض الأحكام نجد التفريق بينهما.

والضمان مما يفترقان فيه، وبيان ذلك فيما يلي:

في قاعدة عند الشافعية، والحنابلة: أن كل عقد اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم كالبيع، ففاسده كذلك يقتضي الضمان، وإن اقتضى صحيحه عدم الضمان كالقراض، ففاسده كذلك لا يقتضي الضمان. لكن عدم اقتضاء الضمان مقيد بما إذا كان القبض صحيحا، بأن كان الإذن في قبضه صادرا من أهله، ويكون وضع اليد عليه في هذه الحالة صحيحا، وحينئذ فلا ضمان مع فساد القبض. أما إذا لم يوجد إذن أصلا، أو صدر ولم يكن صحيحا، لكونه من غير أهله، أو في ظل الإكراه، فإن القبض يكون باطلا، وحينئذ يجب الضمان مطلقا، سواء أكان صحيحه لا ضمان فيه، أم كان فيه الضمان. جاء في نهاية المحتاج: فاسد كل عقد صدر من رشيد كصحيحه، في الضمان وعدمه؛ لأن العقد إن اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم كالبيع والإعارة، ففاسده أولى. وإن اقتضى صحيحه عدم الضمان كالرهن، والهبة من غير ثواب، والعين =

ويقوم للأول الأقل من قيمة الرهن ومما رهن به ويسترد العين.

ولو هلك الرهن قبل الرد، فله أن يحبس العين بضمان الرهن، وإذا هلك العين قبل استيفاء الضمان صار مستوفيًا الضمان إذا كان في قيمته وفاء.

الثالث: الرهن بعين هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع فإنه لا يجوز وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - والكرخي في مختصره، فإن هلك قبل القبض هلك أمانة، وإن هلك بعد القبض صار مضمونًا عليه ضمان غصب.

وذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الصرف: أن المشتري إذا أخذ من البائع رهنًا بالمبيع يجوز.

وله أن يحبسه حتى يقبض المبيع، فإن هلك في يده قبل قبض المبيع هلك بالأقل

= المستأجرة، ففاسده كذلك لا يقتضي الضمان. ومثل ذلك في حاشية الجمل، وغيرها من كتب الشافعية. واعتبار عدم الضمان مع البطلان في عقود التصرفات والأمانات؛ لوجود الإذن الصادر من أهله، والضمان إن كان الإذن من غير أهله، هو أيضًا مذهب الحنفية، والمالكية في الجملة على ما يستفاد من أقوالهم، مع الاختلاف فيمن يعتبر أهلا للإذن، ومن لا يعتبر كالسفيه، ومع الاختلاف أيضًا في العقود المضمونة في صحيحها، أو غير المضمونة كالرهن والعارية. ويعتبر أبو حنيفة المبيع في البيع الباطل إذا قبضه المشتري أمانة، ولا ضمان عليه لو هلك؛ لأن العقد إذا بطل بقي مجرد القبض بإذن المالك، وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدي، والقائلون بالضمان يعللون ذلك بأنه لا يكون أدنى من المقبوض على سوم الشراء. ويفرق المالكية في العقد الفاسد بين ما قبض على جهة التملك فيكون مضمونا، وما قبض على جهة الأمانة فلا ضمان فيه.

جاء في الفواكه الدواني: كل مبيع فاسد قبضه المبتاع قبضا مستمرا بعد بت البيع، فضمانه من المبتاع من يوم قبضه؛ لأنه قبضه على جهة التملك، لا على جهة الأمانة.

ومثل ذلك في الشركة: لو اشترك من لا يعتبر إذنه، كصبي غير مأذون، أو سفيه، فلا ضمان.

ينظر: الجوهرة النيرة (١/ ١٢٩، ١٣٠)، والهداية (٤/ ١٣٤)، والأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص (٣٣٧)، وبدائع الصنائع (٥/ ١٧٣)، وفتح القدير والعناية والكفاية عليه (٥/ ٤٩٠)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٤٠)، والفواكه الدواني (٢/ ١٢٩)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢٢٨، ٢٢٩، ٤/ ٢٧٤، ٢٧٥)، والجمل على المنهج (٣/ ٥١٧)، والأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (٣٠٩)، وأسنى المطالب (٤/ ٤٧٩)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٢٦)، والمغني، لابن قدامة (٤/ ٤٢٥ و٥/ ٧٣)، والقواعد، لابن رجب، ص (٦٧ و١٥٣)، القواعد والفوائد الأصولية، ص (١١٢).

من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضًا للمبيع بهلاكه.

وله أن يقبض المبيع إذا أوفى ثمنه وعليه أيضًا ضمان الأقل بهلاك الرهن في يده، ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض، وعلى المشتري أن يرد الرهن، ولو هلك في يده قبل الرد هلك بالأقل، ويجب عليه الضمان بالأقل للبائع، ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع.

كما يتم الرهن بقبض المرتهن يتم بقبض العدل.

* * *

الفصل الثاني
في وضع الرهن على يدي العدل

وإذا ارتهن من آخر رهنًا على أن يضعاه على يدي عدل وقبضه العدل، استتم الرهن بقبضه، حتى لو هلك الرهن في يد العدل هلك على المرتهن، ويعتبر العدل نائبًا عن المرتهن في حق هذا الحكم، ونائبًا عن الراهن في حق حكم الضمان، حتى لو استحق الرهن وضمن العدل، رجع العدل بما ضمن على الراهن دون المرتهن.

وإذا سلط العدل على البيع كان له أن يبيعه، وبدون التسليط على البيع ليس له أن يبيعه، وإذا سلط على البيع، وامتنع عن البيع ورفع المرتهن الأمر إلى القاضي، فالقاضي يجبره على البيع بعد أن يقيم البينة على الرهن والتسليط على البيع.

أطلق محمد - رحمه الله - إطلاقًا ولم يفصل فيما إذا كان البيع مشروطًا في عقد الرهن أو لم يكن وهذه المسألة على وجهين:

أما إذا كان البيع مشروطًا في عقد الرهن، بأن ارتهن من آخر رهنًا على أن يضعاه على يدي عدل يبيعه إذا حل أجل كذا، ويوفي المرتهن ثمنه قضاء لحقه، ورضي به الراهن والعدل، وفي هذا الوجه يجبر العدل على البيع بلا خلاف:

إما؛ لأن البيع شرط في ضمن عقد لازم، وهو عقد الرهن فيصير لازمًا تبعًا.

وإما؛ لأن التوكيل][1] الحاصل بإيفاء الدين من الرهن وقد استحق هذا على الراهن بعقد الرهن بحيث يجبر عليه، والتوكيل إذا حصل بحق يجبر الموكل على إيفائه يجبر الوكيل عليه كالتوكيل بالخصومة.

و[أما][2] إذا لم يكن البيع مشروطًا في عقد الرهن، وإنما أمر بالبيع بعد ما تم عقد الرهن.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: وفي هذا الوجه اختلف المشايخ - رحمهم الله -.

(١) من قوله: «إلا إذا فصل أحدهما من صاحبه...» إلى هنا، سقط في أ.
(٢) سقط في أ.

بعضهم قالوا: لا يجبر على البيع، وهكذا ذكر الكرخي - رحمه الله - في كتابه، وهو رواية عن أبي يوسف أيضًا، فمن قال: لا يجبر، مال إلى المعنى الأول، ومن قال: يجبر، مال إلى المعنى الثاني، وهو الصحيح.

وذكر شمس الأئمة - رحمه الله -: أن البيع إذا لم يكن مشروطًا في الرهن، فالعدل لا يجبر عليه في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يجبر.

ثم إن محمدًا - رحمه الله - ذكر الجبر على البيع ولم يبين تفسيره.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة - رحمه الله - تفسيره: الحبس [بأن](١) يحبس أيامًا حتى يبيع، فإن لج بعد حبس الإمام يجبر الراهن على البيع؛ لأن البيع كان(٢) مستحقًا للمرتهن إيفاء لحقه(٣) وتعذر إيفاؤه من جهة العدل فيتعين الراهن لذلك؛ لأن أصل الحق عليه. ألا ترى أن العدل لو مات يجبر الراهن على البيع.

فإن أبى الراهن البيع، ذكر في الزيادات والنوادر: أن القاضي يبيع.

قيل: هذا قولهما لا قول أبي حنيفة - رحمه الله - بناء على بيع مال المديون إذا لم يكن موقوفًا.

وقيل: هو قول الكل؛ لأن بيع المرهون صار مستحقًا للمرتهن إيفاء بحقه ولا كذلك بيع سائر الديون.

ولو أراد الراهن عزل العدل من غير رضا المرتهن، وإن كان البيع مشروطًا في عقد الرهن، لا يملك ذلك بالاتفاق، وإن لم يكن مشروطًا في عقد الرهن فكذلك عند بعض المشايخ - رحمهم الله -.

قال شيخ الإسلام: هو الصحيح.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: صار.
(٣) في أ: بحقه.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: أنه يملك عزله في ظاهر[(١)] الرواية.

وفي رواية أبي سليمان: لا يملك.

ولو مات العدل بطل التسليط على البيع، إن كان مشروطًا في عقد الرهن، وإن لم يكن مشروطًا في عقد الرهن فكذلك عند بعض المشايخ.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: العدل يخالف الوكيل بالبيع المفرد من أربعة أوجه:

أحدها: أن العدل يبيع الولد، ويجبر على البيع، إما على الوفاق أو على الخلاف، ولا ينعزل بموت الراهن على الوفاق أو على الخلاف، ولا ينعزل بعزل الراهن على الوفاق أو على الخلاف.

وهذه الأحكام غير ثابتة في حق الوكيل بالبيع المفرد، وفيما عدا هذه الأحكام، العدل والوكيل بالبيع المفرد على السواء.

وفي المنتقى: [روى][(٢)] بشر عن أبي يوسف: رجل رهن من آخر عبدًا ووضعاه على يدي[(٣)] عدل، وغاب الراهن، فقال المرتهن: أمرك ببيعه، وقال العدل: لم يأمرني ببيعه، قال: [لا][(٤)] أقبل بينة المرتهن عليه.

وفي المنتقى: روى عمرو بن أبي عمر، وفي الإملاء عن محمد - رحمه الله - إذا مات العدل وفي يده الرهن وقد كان وكيلاً بالبيع فأوصى إلى رجل ببيعه لم يجز، إلا أن يكون الراهن قال له في أصل الوكالة: وكلتك ببيع الرهن وأجزت لك ما صنعت فيه من شيء، فيجوز حينئذ لوصيه بيعه، ولا يجوز لوصيه أن يوصي إلى ثالث به.

---

(١) في أ: سائر.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: يد.
(٤) سقط في أ.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن وصي العدل يقوم مقامه في البيع، وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف أيضًا: أن وصي العدل يقوم مقام العدل بمنزلة المضارب يموت والمال عروض وأن وصيه يقوم مقامه في البيع.

قال الحاكم أبو الفضل - رحمه الله -: هذا الجواب خلاف جواب الأصل.

وإذا دفع العدل الرهن إلى الراهن أو المرتهن كان ضامنًا قيمة الرهن إن دفعه إلى المرتهن؛ لأنه دفع إليه ملك الغير، وإن دفعه إلى الراهن، فلأنه أبطل ملك اليد على المرتهن.

فإن أراد العدل أن يجعل القيمة رهنًا عنده لا يقدر؛ لأن القيمة وجبت دينًا في ذمته، فلو جعلناه رهنًا في يده صار الواحد قاضيًا ومقتضيًّا ما عليه فيتعذر [رد](١) ذلك [فبعد ذلك](٢) إما أن يجتمع الراهن والمرتهن ويقبضان(٣) ذلك من العدل ويجعلانه رهنا في يد(٤) هذا العدل، أو في يد(٥) عدل آخر، أو يرفع أحدهما الأمر إلى القاضي إن تعذر اجتماعهما فيأخذ القاضي القيمة من العدل ويجعله رهنًا عند ذلك العدل أو عند عدل آخر، هكذا ذكر شيخ الإسلام.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: إن تعمد الدفع إلى أحدهما تؤخذ القيمة منه وتوضع على يدي عدل آخر؛ لأنه ظهر منه الخيانة مرة، وإذا أخطأ في الدفع، وكان بحيث يجهل مثله، فإنه يؤخذ منه، ثم يرد عليه إذا لم تظهر منه الخيانة فيبقى عدلًا.

ثم إذا جعلا القيمة في يدي العدل، وقضى الراهن دين المرتهن ينظر:

إن كان العدل [ضمن بدفع](٦) الرهن إلى الراهن، فالقيمة تسلم للعدل؛ لأنه لا

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: ويقتضيان.
(٤) في أ: يدي.
(٥) في أ: يدي.
(٦) في أ: ممن يدفع.

وجه إلى أن يأخذه الراهن؛ لأنه وصل إليه عين ماله، ولا وجه إلى أن يأخذه المرتهن؛ لأنه وصل إليه حقه فتبقى القيمة للعدل، فإن كان العدل قد ضمن بدفع الرهن إلى المرتهن، كان للراهن أن يأخذ القيمة منه.

وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن بذلك؟

ينظر: إن كان العدل دفعه على وجه العارية أو على وجه الوديعة وهلك في يد المرتهن، لا يرجع.

وإن استهلكه المرتهن يرجع عليه؛ لأن العدل بأداء الضمان ملكه، وتبين أنه أعاره أو أودعه ملكه، فإن هلك في يده لا يضمن وإن استهلكه يضمن.

وإن كان العدل دفع إلى المرتهن رهنًا بأن قال: هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك، رجع العدل عليه بقيمته، استهلكه المرتهن أو هلك؛ لأنه دفع إليه على جهة الضمان.

وإذا دفع العدل الرهن إلى أجنبي وديعة من غير ضرورة، فهو ضامن؛ لأن العدل أمين في حق الرهن، فصار الجواب فيه كالجواب في المودع، وكذلك الجواب في حق المرتهن؛ لأن المرتهن حافظ للرهن في يده فصار[1] الجواب فيه كالجواب في المودع.

وإذا مات العدل فأجمع الراهن والمرتهن على أن يضعاه على يد غيره فلهما ذلك، وإن أبى الراهن ذلك وطلب المرتهن من القاضي أن يضعه على يدي عدل وضعه القاضي على يدي عدل.

فإن جعل القاضي المرتهن عدلًا، له ذلك إذا كان المرتهن [مثل العدل][2] في نفسه.

وإن أراد أن يضعه على[3] يد الراهن، ذكر في بعض الروايات أنه ليس له ذلك؛

(١) في أ: فكان.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: في.

لأنه لا يفيد فائدة الرهن؛ لأن فائدة الرهن أن يتسارع إلى قضاء الدين بواسطة الضجر، والراهن لم يضجر إذا وصل الرهن إلى يده، وفي بعض الروايات له ذلك؛ لأن الضجر لا يفوت لكونه ممنوعًا من الانتفاع به شرعًا(١).

---

(١) اختلف الفقهاء في جواز الانتفاع بالمرهون، وفيمن له ذلك:

فذهب الحنفية إلى أنه ليس للراهن، ولا للمرتهن الانتفاع بالمرهون مطلقا، لا بالسكنى، ولا بالركوب، ولا غيرهما، إلا بإذن الآخر، وفي قول عندهم: لا يجوز الانتفاع للمرتهن ولو بإذن الراهن؛ لأنه ربا، وفي قول: إن شرطه في العقد كان ربا، وإلا جاز انتفاعه بإذن الراهن.

وقال المالكية: غلات المرهون للراهن، وينوب في تحصيلها المرتهن، حتى لا تجول يد الراهن في المرهون، ويجوز للمرتهن الانتفاع بالمرهون بشروط، هي:

١- أن يشترط ذلك في صلب العقد.

٢- وأن تكون المدة معينة.

٣- ألا يكون المرهون به دين قرض.

فإن لم يشرط في العقد، وأباح له الراهن الانتفاع به مجانا، لم يجز؛ لأنه هدية مديان، وهي غير جائزة، وكذا إن شرط مطلقا، ولم يعين مدة للجهالة، أو كان المرهون به دين قرض؛ لأنه سلف جر نفعا.

وفرق الحنابلة بين المرهون المركوب، أو المحلوب، وبين غيرهما، وقالوا: إن كان المرهون غير مركوب، أو محلوب، فليس للمرتهن، ولا للراهن الانتفاع به إلا بإذن الآخر. أما المرتهن: فلأن المرهون ونماءه ومنافعه ملك للراهن، فليس لغيره أخذها بدون إذنه، وأما الراهن: فلأنه لا ينفرد بالحق، فلا يجوز له الانتفاع إلا بإذن المرتهن. فإن أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالمرهون جاز، وكذا إن أذن الراهن للمرتهن بشرط:

١- ألا يكون المرهون به دين قرض.

٢- وألا يأذن بغير عوض، فإن أذن الراهن للمرتهن بالانتفاع بغير عوض، وكان المرهون به دين قرض، فلا يجوز له الانتفاع به؛ لأنه قرض جر نفعا، وهو حرام، أما إن كان المرهون بثمن مبيع، أو أجرة دار، أو دين غير القرض، جاز للمرتهن الانتفاع بإذن الراهن، وكذا إن كان الانتفاع بعوض، كأن يستأجر الدار المرهونة من الراهن بأجرة مثلها في غير محاباة؛ لأنه لم ينتفع بالقرض بل بالإجارة، وإن شرط في صلب العقد أن ينتفع بها المرتهن، فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد.

أما المركوب، والمحلوب، فللمرتهن أن ينفق عليه، ويركب، ويحلب بقدر نفقته متحريا العدل - من غير استئذان من الراهن بالإنفاق، أو الانتفاع - سواء تعذر إنفاق الراهن، أم لم يتعذر. واستدلوا بحديث: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا»، و«لبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة». وقالوا: إن قوله ﷺ: «بنفقته» يشير إلى الانتفاع بعوض النفقة، ويكون هذا في حق المرتهن، أما الراهن فإنفاقه وانتفاعه ليسا بسبب الركوب وشرب الدر، بل بسبب الملك. فإن لم يتفقا =

وإذا شرطا أن يكون العدل هو الراهن، ويقوم الراهن ببيعه عند محل الأجل فهذه المسألة على وجهين:

الأول: إذا شرطا ذلك في عقد الرهن، وفي هذا الوجه لا يصح الرهن، [وإن قبضه][(١)] المرتهن؛ لأنه شرط في الرهن أن يكون عند المرتهن ساعة، ثم يكون عند الراهن، فهو بمنزلة ما لو قال: رهنتك يومًا [ويومًا لا][(٢)].

الثاني[(٣)]: إذا شرطا ذلك بعد تمام الرهن فإن لم يقبض المرتهن الرهن لا يصح؛ لأن القبض شرط صحة الرهن، وإذا قبضه صح، كذا إذا قبضه وباعه الراهن، إن باعه وهو في يد المرتهن فالثمن للمرتهن، وإن أخذه من يد المرتهن، ثم باعه فالثمن للراهن، ولا يكون المرتهن أخص منه.

وإذا باع العدل الرهن وتوى الثمن في يد العدل، توى على المرتهن ألا ترى أنه لو هلك الرهن في يده كان التوى على المرتهن، فكذا إذا هلك الثمن؛ لأن الثمن قائم مقام الرهن.

= على الانتفاع بالعين المرهونة في غيرهما لم يجز الانتفاع بها، فإن كان دارا أغلقت، وإن كانت حيوانا تعطلت منافعه حتى يفك الرهن.

وقال الشافعية: ليس للمرتهن في المرهون إلا حق الاستيثاق، فيمنع من كل تصرف، أو انتفاع بالعين المرهونة، أما الراهن، فله عليها كل انتفاع لا ينقص القيمة كالركوب ودر اللبون، والسكنى، والاستخدام، لحديث: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا»، وحديث: «الرهن مركوب ومحلوب». وقس على ذلك ما أشبهه من الانتفاعات. أما ما ينقص القيمة كالبناء على الأرض المرهونة، والغرس فيها، فلا يجوز له إلا بإذن المرتهن؛ لأن الرغبة تقل بذلك عند البيع.

ينظر: حاشية الطحطاوي (٤/ ٢٣٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣١٠)، بلغة السالك على الشرح الصغير (٢/ ١١٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٤٦)، والقوانين الفقهية، ص (٣١٩)، روضة الطالبين (٤/ ٧٩ - ٩٩)، أسنى المطالب (٢/ ١٦١)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٤٢٦ - ٤٣٢).

(١) في أ: قبض.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: وأما الثاني.

وإذا باع العدل الرهن بالدراهم، [وكان الدين دنانير][(١)] أو كان على العكس، فله أن يصرفها بما هو من جنس الدين بخلاف الوكيل بالبيع المفرد، فإنه ليس له أن يصرف الثمن إلى غيره؛ لأن العدل كما أمر بالبيع أمر بقضاء الدين، ولا يمكنه قضاء الدين في مثل هذه الصورة إلا بالصرف، فدخل الصرف تحت الأمر بخلاف الوكيل بالبيع المفرد.

وعلى هذا الأصل: إذا كان الراهن سلط المرتهن على البيع عند محل الأجل، يبيعه ويستوفي دينه [فإن باعه][(٢)] بدنانير والدين دراهم كان له أن يشتري بالدنانير [دراهم مثل دراهمه ويقبض ذلك، وكذلك لو كان دينه حنطة كان له أن يشتري بالدنانير][(٣)] حنطة حتى يستوفي دينه، ذكره ابن سماعة في نوادره.

وإذا باع العدل بالنسيئة ذكر في الأصل أنه يجوز من غير تفصيل ومن غير ذكر خلاف مشايخنا رحمهم الله.

وإذا باع بنسيئة غير معهودة بأن باع مثلاً إلى عشر سنين أو ما أشبهه، ينبغي أنه لا يجوز عندهما.

وقال الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - :إذا وجد من الراهن ما يدل على أنه يريد البيع بالنقد بأن قال: المرتهن يطالبني بدينه ويؤذيني فبعه حتى أنجو منه فباعه بالنسيئة لا يجوز، بمنزلة ما لو قال لغيره: بع عبدي فإني أحتاج إلى النفقة.

ولو كان المرتهن هو العدل، وقال له الراهن: بعه واستوف دينك من ثمنه، فباعه[(٤)] بالنسيئة يجوز كيفما باع.

ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح الزيادات في باب الرهن يكلف صاحبه بالإحضار:

---

(١) في أ: والدنانير.
(٢) في أ: فباعه.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: فباع.

العدل إذا جن جنونًا ووقع اليأس من إفاقته ينعزل [وإن جن جنونًا يرجى إفاقته][١]، حتى إذا عاد عقله له أن يبيع[٢]، إلا أنه إذا باع في جنونه لا يصح بيعه، سواء كان يعقل البيع والشراء بأن كان جنونه في شيء آخر، أو لا يعقل البيع والشراء، وكان ينبغي أن يصح بيعه إذا كان يعقل الشراء والبيع؛ لأنه لو وكله في هذه الحالة فباع جاز، إلا أنه لا يلزمه العهدة، نص عليه في الوكالة.

فمن المشايخ من قال: على قياس ما ذكر في الوكالة ينبغي أن يصح البيع في هذه الحالة؛ وإليه مال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - ومن المشايخ من فرق، وإليه مال شيخ الإسلام - رحمه الله؛ لأن التوكيل هاهنا حصل وهو كامل الرأي وهناك حصل مع نقصان رأيه.

وفي وكالة المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - وعيسى عن محمد - رحمه الله -: رجل أمر رجلاً أن يشتري له عبدًا بألف درهم، فصار الوكيل معتوهًا، إلا أنه يعقل البيع والشراء والحفظ فاشترى ما أمر به، لم يجز شراؤه على الآمر بذلك.

قال في رواية بشر: وليس[٣] هذا كأمره وهو معتوه، فقد أشار إلى الفرق الذي ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - في أول كتاب الرهن في باب العدل أن العدل بمنزلة المودع، وكل ما يملك المودع من حفظ العين [بنفسه و][٤] بيد من في عياله وبيد الأجير عند الضرورة يملك العدل ذلك أيضًا، ولا يملك المسافرة بالرهن إذا كان الطريق مخوفًا، وإذا كان آمنًا إن وجد التقييد بالمصر لا يملك، وإن لم يوجد التقييد بالمصر يملك.

وذكر في غير رواية الأصول أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله - إذا كان

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: ببيعه.
(٣) زاد في أ: في.
(٤) سقط في أ.

الطريق آمنًا يملك المسافرة بها على كل حال وعلى قول محمد - رحمه الله - إذا كان سفرًا له منه بد يضمن على كل حال.

العدل إذا كانا[١] اثنين فدفع أحدهما كل الرهن إلى صاحبه، إن كان شيئًا لا يحتمل القسمة، لا يضمن الدافع ولا القابض.

وإن كان شيئًا يحتمل القسمة فدفع أحدهما نصيبه إلى صاحبه قبل القسمة أو بعد القسمة، فالقابض لا يضمن بالاتفاق.

وهل يضمن الدافع؟

عند أبي حنيفة يضمن، وعندهما لا يضمن.

* * *

(١) في أ: كان.

الفصل الثالث
في بيان الدين الذي يجوز الرهن به

يجب أن يعلم بأن الرهن إنما يصح بدين هو واجب أو بدين وجد سبب وجوبه. كالرهن [بالأجر قبل وجوبه، أما الرهن بدين لا يجب ولم يوجد سبب وجوبه كالرهن][1] بالدرك لا يصح؛ لأن الرهن لإيفاء ما رهن به من حيث الحكم فإنه يثبت في الحال يد الاستيفاء في حق الحبس ومتى هلك يصير مستوفيًا لدينه من حيث الحكم، وإنما يصح إذا كان الاستيفاء متصورًا من حيث الحقيقة والإيفاء من حيث الحقيقة إنما يصح بعد وجوب الحق أو بعد وجود سبب الوجوب.

فإن قيل: أليس إنه إذا دفع ثوبًا إلى رجل على أن يقرضه عشر دراهم صار الثوب رهنًا، وقد حصل الرهن قبل وجود سببه؛ لأن القرض ثبت من حيث الاعتبار سابقًا عليه، كما في قوله: أعتق عبدك عني على ألف درهم يثبت البيع سابقًا على العتق.

وإذا ثبت القرض سابقًا على الرهن حصل الرهن بعد وجود القرض من حيث الاعتبار، ثم لا يشترط وجوب الدين على الحقيقة لصحة الرهن لا محالة، بل يكتفى بوجوبه ظاهرًا.

بيانه: في المسائل التي ذكرها محمد - رحمه الله - في الجامع فمن جملتها:

رجل ادعى على رجل ألف درهم فجحد المدعى عليه ذلك فصالحه المدعى عليه من ذلك على خمسمائة [درهم][2] على الإنكار، وأعطاه بها رهنًا يساوي خمسمائة، فهلك الرهن عند المرتهن، ثم تصادقا على أنه لا دين، فإن على المرتهن قيمة الرهن خمسمائة للراهن.

واعلم بأن هذا الرهن جائز عندنا؛ لأنه حصل بدين واجب من حيث الظاهر، فإن الصلح على الإنكار جائز عندنا، وبدل الصلح بعد الصلح واجب. ألا ترى أنهما لو

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.

رفعا الأمر إلى القاضي وقصا عليه القصة فالقاضي يلزم المدعى عليه بتسليم بدل الصلح، وإذا امتنع عن التسليم يحبسه بطلب المدعي.

فعلم أن المال الذي حصل به الرهن واجب ظاهرًا فإذا هلك الرهن صار المرتهن مستوفيًا دينه حكمًا بهلاك الرهن، فيعتبر كما[١] لو استوفاه حقيقة باليد.

ولو استوفاه حقيقة باليد ثم تصادقا على أن المال لم يكن واجبًا فإن الدعوى وقعت باطلاً وكان على المستوفي رد ما استوفى، كذا هاهنا.

فإن قيل: إنهما اتفقا على أن الدين لم يكن، فلم كان اعتبار حكم الظاهر حتى يصير الرهن مضمونًا أولى من اعتبار حكم الحقيقة حتى لا يصير الرهن مضمونًا؟

و[٢] قاعدة الشرع في بناء الأحكام على الظواهر لا على الخفاء والبواطن[٣] وإليه أشار في قوله عليه أفضل الصلاة والسلام: «إنما أقضي بالظاهر والله يتولى السرائر»[٤].

قال: لو أن رجلاً اشترى من آخر عبدًا بألف درهم وقبضه ورهن[٥] بالثمن رهنًا، فهلك الرهن عند المرتهن، ثم ظهر أن العبد حر أو استحق، ضمن المرتهن الأقل[٦] من قيمة الرهن ومن الثمن؛ لأن الرهن حصل بدين واجب ظاهرًا.

ألا ترى أنه[٧] قبل ظهور الحرية والاستحقاق لو اختصم البائع والمشتري إلى القاضي، فالقاضي يقضي بالثمن، وقد ذكرنا أن وجوب الدين ظاهرًا يكفي لصحة الرهن ويصير به مضمونًا.

قال: لو أن رجلاً استأجر نائحة أو مغنية بأجر معلوم ورهن بالأجر رهنًا، فهلك

---

(١) في أ: بما.
(٢) في أ: وأما.
(٣) زاد في ب: والاطلاع على الخفاء والبواطن.
(٤) لا أصل له بهذا اللفظ.
(٥) زاد في أ: وقبض.
(٦) في أ: الأول.
(٧) في أ: أن.

الرهن في يد المرتهن لم يكن مضمونًا؛ لأن الرهن حصل بما ليس بواجب أصلاً، ألا ترى أنهما لو ترافعا الأمر إلى القاضي قبل الرهن، فالقاضي لا يأمر المستأجر بتسليم الأجر.

مسلم اشترى من مسلم خمرًا أو خنزيرًا أو ميتة بدراهم معلومة فأعطاه بالثمن رهنًا فهلك الرهن في يد المرتهن، هلك غير مضمون؛ لأن الرهن قد وقع ولا دين أصلاً.

ولو اشترى من آخر خلًّا بدراهم معلومة ورهن بها رهنا، وظهر أن الخل خمر، أو اشترى شاة على أنها مذبوحة بدراهم معلومة ورهن بها رهنًا وظهر أن الشاة ميتة وقد هلك الرهن، يهلك مضمونًا؛ لأن الرهن حصل بدين واجب [ظاهرًا][(١)].

قال: لو أن رجلاً قتل عبد رجل، وأعطاه بقيمته رهنًا ثم ظهر أن القتيل كان حرًّا وقد هلك الرهن، هلك مضمونًا بالأقل من قيمته ومن قيمة الرهن، وكذلك لو ظهر استحقاقه بل أولى؛ لأن باستحقاق الدين الذي حصل به الرهن لا يبطل بل يظهر أنه كان لغيره.

ولو ظهر عدمه بأن ظهر أن المقتول حر، لا يبطل ضمان الرهن فهاهنا أولى.

الرهن بالخراج جائز؛ لأن الخراج دين كسائر الديون، في أول كفالة الجامع الصغير.

* * *

(١) سقط في أ.

الفصل الرابع
في هلاك الرهن بضمان وغير ضمان

إذا هلك المرهون في يد المرتهن أو في يد العدل ينظر إلى قيمته يوم القبض وإلى الدين، فإن كان قيمته مثل الدين، سقط الدين [بهلاكه، وإن كانت قيمته أكثر من الدين، سقط الدين][١] أيضًا وهو في الفضل أمين وإن كان أقل من الدين سقط قدر قيمة الرهن، ويرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين.

هذا هو الحكم في الرهن الصحيح، وكذلك الحكم في الرهن الفاسد، هكذا ذكر في الجامع، وذكر في شرح القدوري، وهكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه.

وذكر الطحاوي عن الكرخي - رحمهما الله - أن المقبوض بحكم الرهن الفاسد لا يكون مضمونًا، والأول أصح، والمقبوض بحكم الرهن الباطل لا يتعلق به الضمان أصلاً، نص عليه محمد - رحمه الله - في الجامع.

والباطل من الرهن ما لا يكون منعقدًا أصلاً كالباطل من البيوع، والفاسد منه ما يكون منعقدًا لكن بوصف الفساد كالفاسد من البيوع.

وشرط انعقاد الرهن أن يكون مالًا والمقابل به يكون مالًا مضمونًا وشرط جواز الرهن ما ذكرنا ففي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل مضمونا إلا أنه فقد بعض شرائط الجواز فينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام بعض شرائط الجواز وفي كل موضع لم يكن [الرهن][٢] مالًا أو لم يكن المقابل به مضمونًا لا ينعقد الرهن أصلاً.

فعلى هذا تخريج المسائل: فإن برئ الراهن من الدين من غير أداء، ولا إيفاء، إما بالهبة أو بالإبراء ثم هلك الرهن في يد المرتهن من غير أن يمنعه عن الراهن، هلك مضمونًا عليه قياسًا[٣].

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) زاد في أ: عليه.

وفي الاستحسان يهلك أمانة وبه أخذ علماؤنا الثلاثة - رحمهم الله - هذا بيان حكم الهلاك.

فأما حكم النقصان فإن كان النقصان من حيث العين يوجب سقوط الدين بقدره، وإن كان من حيث السعر لا يوجب سقوط شيء من الدين عند علمائنا الثلاثة.

وأما إذا برئ الراهن بالإيفاء، ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك مضمونًا حتى يجب على المرتهن رد ما استوفى على الراهن.

والوجه في ذلك: أن عقد الرهن عقد استيفاء، فإن المرتهن بعقد الرهن يصير مستوفيًا دينه بالعين في حق ملك اليد بالحبس ويتقرر ذلك الاستيفاء(١) من وقت وجود القبض، فإذا هلك الرهن بعد قضاء الدين وتقرر الاستيفاء من وقت وجوده حصل(٢) الاستيفاء مرة بالهلاك وظهر بطلان القضاء.

فأما الإبراء فيقتصر على الحال، ولا يظهر أنه كان قبل الاستيفاء، فلا يظهر بطلان الاستيفاء.

وإذا تبرع إنسان بقضاء دين الراهن، ثم هلك وجب على المرتهن رد ما قبض من المتبرع بناء على الأصل الذي قلناه(٣).

ويرده(٤) على المتبرع؛ لأن ما قضى لم يصر ملكًا للقابض؛ لأنه قضى بغير أمره، بل بقي على ملكه فإذا وجب الرد وجب الرد على المتبرع.

وإذا أحال الراهن المرتهن على رجل بمال، وهلك الرهن بعد ذلك يهلك مضمونًا بالدين قياسًا واستحسانًا؛ لأن الراهن برئ من الدين من غير إيفاء، فكان بمنزلة ما لو برئ بالإبراء.

---

(١) زاد في أ: بالهلاك.
(٢) زاد في أ: بعد.
(٣) في أ: قلنا.
(٤) في أ: ويرد.

والجواب أن الراهن برئ من الدين بعوض فكان بمنزلة ما [لو][(١)] برئ بالإيفاء.

بيانه: أن الحال لا يخلو: إما أن يكون للراهن على المحتال عليه دين أو لم يكن، فإن كان عليه دين يزول ذلك الدين عن ملكه حين استوفى المحتال له ذلك.

وإن لم يكن عليه دين وأداه الحويل من هذا الوجه رجع بما أدى[(٢)] على الراهن، فكان بمنزلة ما [لو][(٣)] برئ بالإيفاء من هذا الوجه.

ولم يذكر في الأصل ما إذا أراد الراهن بعد الحوالة أن يأخذ الرهن من يد المرتهن هل له ذلك؟ وذكر في موضع آخر ليس له ذلك.

وإذا رهن من آخر عبدًا يساوي ألفًا بألف ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه شيء، وكان هذا التصادق بعد ما هلك الرهن، كان على المرتهن أن يرد ألفًا على الراهن؛ لأن الرهن حالة الهلاك كان مضمونًا ظاهرًا فحصل الاستيفاء حكمًا وبعد الاستيفاء الحقيقي لو وجد التصادق على الوجه الذي قلنا، [كان][(٤)] على المستوفي أن يرد ما استوفى كذا هاهنا.

فأما إذا تصادقا قبل هلاك الرهن أنه لم يكن عليه شيء ثم هلك الرهن يهلك مضمونًا أو أمانة؟

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - أن فيه اختلاف المشايخ، وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - نص محمد - رحمه الله - في الجامع أنه يهلك أمانة.

وإذا أعطاه رهنًا مكان الأول، فالرهن هو الأول ما بقي القبض دون الثاني حتى إذا هلك الأول، هلك مضمونًا بالدين، ولو هلك الثاني هلك أمانة، وإذا رد الأول صار الثاني رهنًا، ولو هلك بعد ذلك يكون مضمونًا.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - رجل له على آخر ألف درهم غلة،

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: ادعى.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.

فقال الذي عليه الألف لرب الدين أمسك هذه الألف الوضح بحقك واشهد لي بالقبض، فهذا اقتضاء[(١)]، ولو قال: أمسك هذه الألف الوضح حتى آتيك بحقك واشهد لي بالقبض فهذا رهن.

قال لآخر: أقرضني، قال: لا أقرضك إلا برهن فرهنه رهنًا فضاع قبل أن يقرضه ولم يكن سمى ما يقرضه، فإنه يعطيه ما شاء.

قال محمد - رحمه الله -: ولا يستحسن أقل من درهم، ذكره في مجموع النوازل.

وفي المنتقى: روى بشر عن أبي يوسف: رجل رهن رجلاً ثوبًا.

وقال: أرجع إليك وآخذ منك شيئًا فضاع الرهن.

قال أبو حنيفة - رحمه الله - [يعطيه][(٢)] المرتهن ما يشاء وكذلك قولنا.

[وذكر][(٣)] في موضع آخر من المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - آخرًا: رجل قال لغيره أقرضني وخذ هذا الرهن، ولم يسم القرض وأخذ الرهن ولم يقرضه حتى ضاع فعليه قيمة الرهن.

ولو استقرض منه خمسين فقال المرتهن: لا يكفيك ولكن ابعث إلي برهن حتى أبعث إليك ما يكفيك فبعث إليه بالرهن فضاع في يد المرتهن، فعليه الأقل من الرهن ومن خمسين درهمًا.

فالحاصل أن المستقرض إذا سمى شيئًا ورهن فهلك الرهن قبل أن يقرضه، فالرهن مضمون بالأقل من قيمته، ومما سمى، وإذا لم يكن سمى شيئًا فقد اختلف أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - فيما بينهما على ما بينا.

سئل عمن كان له دين على رجل فتقاضاه فلم يقضه فرفع العمامة عن رأس المديون رهنًا بدينه وأعطاه منديلاً صغيرًا يلفه على رأسه.

---

(١) في أ: قبضا.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

قال: وأحضر ديني أردها عليك، فذهب الرجل وجاء بدينه بعد أيام وقد هلكت العمامة.

قال: هلكت بالدين؛ لأن رب الدين أخذها رهنًا والغريم بتركها عنده، وذهابه صار راضيًّا بكونها رهنًا فصار رهنًا.

رجل رهن عبدًا فأبق، سقط الدين بحساب(١) نقصان القيمة، إن كان هذا أول إباق، وإن كان أبق قبل ذلك لم ينتقص من الدين شيء هكذا في مجموع النوازل.

وذكر في المنتقى أنه يبطل الدين بقدر ما نقصه الإباق من غير تفصيل، وهكذا ذكر في المجرد عن أبي حنيفة - رحمه الله.

ولو كان القاضي جعل [الرهن](٢) بما فيه حين أبق ثم ظهر فهو رهن على حاله.

وفيه أيضًا: روى إبراهيم بن رستم عن محمد - رحمه الله: رجل رهن من رجل ثوبًا وقال له: إن لم أعطك إلى كذا وكذا فهو بيع بما لك علي، قال: لا يجوز، وقوله ﷺ: «لا يغلق الرهن»(٣) هو هذا.

---

(١) في أ: بحسب.
(٢) سقط في أ.
(٣) ورد هذا الحديث موصولًا ومرسلًا.
أما الموصول: فهو من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعًا.
وقد رواه عن الزهري جماعة وهم: زياد بن سعد، وإسحق بن راشد، ومالك، ويحيى ابن أبي أنيسة، وابن أبي ذئب، وسليمان بن داود، ومحمد بن الوليد، ومعمر.
أما رواية زياد بن سعد:
فأخرجها ابن حبان (١١٢٣ - موارد)، والحاكم (٢/ ٥١)، والدارقطني (٣/ ٣٢) كتاب البيوع: حديث (١٢٦)، والبيهقي (٦/ ٣٩) كتاب الرهون، باب: الرهن غير مضمون، وأبو نعيم في الحلية (٧/ ٣١٥) كلهم من طريق سفيان بن عيينة عن زياد بن سعد عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه».
قال الدارقطني: وهذا إسناد حسن متصل.
وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه لخلاف فيه على أصحاب الزهري وقد تابعه - يعني زياد - مالك، وابن أبي ذئب، وسليمان بن أبي داود الحراني، ومحمد بن الوليد الزبيدي، ومعمر بن راشد على هذه الرواية، ووافقه الذهبي.
وصحح هذا الطريق أيضا ابن حبان.
=

....

= وقال أبو نعيم: غريب من حديث ابن عيينة عن زياد عن الزهرى تفرد به عبد الله العابدى عن أبيه.

قلت: وفي كلام أبي نعيم نظر من وجهين:

الأول: قوله عبد الله العابدي عن أبيه، فالسند ليس فيه ذكر لوالد عبد الله إنما هو عبد الله العابدي عن سفيان مباشرة.

الثاني: دعوى تفرد عبد الله العابدي به كيف وقد تابعه إسحاق بن الطباع عند ابن حبان في صحيحه.

رواية إسحاق بن راشد:

أخرجها ابن ماجه (٢/ ٨١٦) كتاب الرهون، باب: لا يغلق الرهن، حديث (٢٤٤١) من طريق محمد بن حميد حدثنا إبراهيم بن المختار عن إسحق بن راشد عن الزهري عن سعيد ابن المسيب عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن».

قال الحافظ البوصيري في الزوائد (٢/ ٢٥٧): هذا إسناد ضعيف محمد بن حميد الرازي وإن وثقه ابن معين في رواية، فقد ضعفه في أخرى، وضعفه أحمد، والنسائي، والجوزجاني، وقال ابن حبان: يروي عن الثقات المقلوبات وقال ابن وارة: كذاب.

رواية مالك:

أخرجه ابن جميع في «معجم شيوخه» (ص٢١٠ - ٢١١) رقم (١٦٨) من طريق محمد ابن كثير، والخطيب في تاريخ بغداد (٣/ ٣٠٣ - ٣٠٤)، (٦/ ١٦٥) من طريق إبراهيم بن أبي سكينة، ومحمد بن كثير كلاهما عن مالك بن أنس عن الزهري عن سعيد المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه».

رواية يحيى بن أبي أنيسة:

أخرجها الشافعي في الأم (٣/ ١٦٧) باب ضمان الرهن، وفي «المسند» (٢/ ١٦٤) كتاب الرهن، حديث (٥٦٨) من طريق الثقة عن يحيى بن أبي أنيسة عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه».

رواية ابن أبي ذئب:

أخرجها الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع، حديث (١٢٧)، والحاكم (٢/ ٥١)، والبيهقي (٦/ ٣٩) كتاب الرهن، باب: الرهن غير مضمون من طريق إسماعيل بن عياش عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه».

وأخرجه الدارقطني ٣٠/ ٣٣) كتاب البيوع، حديث (١٣٣)، والحاكم (٢/ ٥١)، وابن حزم في المحلى (٨/ ٩٩)، وابن عدي في الكامل (٤/ ١٥٤٦) كلهم من طريق عبد الله بن نصر الأصم الأنطاكي ثنا شبابة عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب، وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة به.

قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٢٠)، وصححه عبد الحق في أحكامه من هذا =

. . . .

= الطريق، قال ابن القطان: وأراه إنما تبع في ذلك أبا عمر بن عبد البر فإنه صححه، وعبد الله ابن نصر هذا لا أعرف حاله، وقد روى عنه جماعة، وذكره ابن عدى في «كتابه»، ولم يبين من حاله شيئًا إلا أنه ذكر له أحاديث منكرة منها هذا انتهى كلامه، وقال في التنقيح - ابن عبد الهادى -: عبد الله بن نصر البزار الأنطاكي ليس بذاك المعتمد، وقد روى عن أبي بكر بن أبي عياش، وابن علية ومعن بن عيسى وابن فضيل وروى عنه أبو حاتم الرازى. أ. هـ.

وقد روى ابن أبي ذئب هذا الحديث مرسلاً أيضًا.

أخرجه الشافعي في «المسند» (٢/ ١٦٣) كتاب الرهن، حديث (٥٦٧)، وابن أبي شيبة (٧/ ١٨٧) رقم (٢٨٤١) وعبد الرزاق (٨/ ٢٣٧) رقم (١٥٠٣٤)، والطحاوي في شرح معانى الآثار (٤/ ١٠٠)، والبيهقي (٦/ ٣٩) كتاب الرهن، باب: في زيادات الرهن، من طرق عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب مرسلاً.

رواية سليمان بن داود:

أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع رقم (١٢٨)، والحاكم (٢/ ٥١)، وابن عدي في الكامل (١/ ١٧٦) من طريق أبي مسيرة أحمد بن عبد الله بن ميسرة ثنا سليمان بن داود الحراني عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «لا يغلق الرهن حتى يكون لك غنمه وعليك غرمه».

وأحمد بن عبد الله بن ميسرة ضعيف.

قال ابن عدي: حدث عن الثقات بالمناكير، ويحدث عمن لا يعرف، ويسرق حديث الناس.

وذكره الدارقطني في الضعفاء والمتروكين (٥١).

رواية محمد بن الوليد:

أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع، حديث (١٢٩) والحاكم (٢/ ٥١) من طريق إسماعيل بن عياش ثنا محمد بن الوليد الزبيدى عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه».

رواية معمر:

أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع، حديث (١٣١)، والحاكم (٢/ ٥٢) من طريق معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن لك غنمه وعليك غرمه».

قال الدارقطني: أرسله عبد الرزاق، وغيره عن معمر.

أما الحديث المرسل:

فأخرجه مالك (٢/ ٧٢٨) كتاب الأقضية، باب: ما لا يجوز من غلق الرهن حديث (١٣) ومن طريقه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٠٠)، والخطيب في تاريخ بغداد (١٢/ ٢٤٢) عن الزهري عن سعيد بن المسيب به مرسلاً.

وقد تابع مالك جماعة منهم.

يونس وشعيب أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٠٠ - ١٠١). =

وفيه أيضًا: داود بن رشيد عن محمد - رحمه الله - رجل اشترى من آخر ثوبا بعشرة دراهم فلم يقبضه حتى أعطاه ثوبًا، هل يكونان جميعًا رهنا بالثمن؟

قال: لا يكونان[(١)] رهنًا وللمشتري أن يسترد الثاني، فإن هلك الثاني، وقيمتهما سواء، هلك بخمسة دراهم؛ لأنه كان مضمونًا بخمسة دراهم.

وفيه أيضًا: [روى][(٢)] بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - رجل له على رجل مال وأعطاه ثوبًا، قال: أمسك هذا حتى أعطيك حقك.

قال أبو حنيفة - رحمه الله - هو رهن، وقال أبو يوسف - رحمه الله: هو وديعة وليس برهن.

ولو قال: أمسك هذا بمالك، فهو رهن في قولهما وقد مرت هذه المسألة في صورة أخرى.

وفيه أيضًا: [روى][(٣)] ابن سماعة عن محمد - رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ثوبين.

قال: خذ أيهما شئت رهنًا بالمائة التي لك عليَّ فأخذهما وضاعا في يده، لا يذهب من الدين شيء وجعل ذلك بمنزلة رجل له على رجل عشرون درهمًا فدفع الذي عليه الدين إلى الطالب مائة درهم.

وقال: خذ منها عشرين، فضاعت قبل أن يأخذها، فإنها هلكت من مال الدافع والدين عليه بحاله.

= ومعمر: أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٢٣٧) رقم (١٥٠٣٣)، والدارقطني (٣/ ٣٣)، والبيهقي (٦/ ٤٠) كتاب الرهن، باب: الرهن غير مضمون وتابعه أيضًا ابن أبي ذئب، وقد تقدمت تخريج روايته الموصولة والمرسلة.

قال الزيلعي في نصب الراية ٤٠/ ٣٢١) قال صاحب التنقيح: وقد صحح اتصال هذا الحديث الدارقطني وابن عبد البر وعبد الحق. . . .

قلت: وقد صحح وصله أيضا الحاكم، وابن حبان، وابن حزم.

(١) في أ: يكون.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

ولو دفع إليه بثوبين وقال: خذ أحدهما رهنًا بدينك فأخذهما [وقيمتهما على السواء][١]، فضاعا، ذهب نصف قيمة كل واحد منهما بالضمان فتكون بالدين إن كان مثله.

وذكر في موضع آخر في المنتقى: رجل رهن عند رجل ثوبين وقال: خذ أحدهما رهنًا لك بعشرتك أو قال: خذ أيهما شئت رهنًا بدينك فالرهن باطل، وإن ضاعا جميعًا لم يكن عليه ضمان ودينه على حاله.

ولو كان عليه[٢] دينار فدفع إليه دينارين، وقال: خذ أحدهما قضاء لك فضاعا قبل أن يأخذهما بدينه، فدينه على حاله وهو مؤتمن.

ولو قال: خذ أحدهما قضاء لك كان قابضًا بدينه ولا يشبه هذا الرهن.

وفيه أيضًا [روى][٣] ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - رجل له على رجل مال فقضاه بعضه، ثم دفع إليه عبدًا وقال: خذ هذا رهنًا عندك بما بقي من مالك أو قال: هذا رهن عندك بشيء إن كان بقي لك فإني لا أدري أبقى لك شيء من المال، أو لم يبق، فهو جائز، وهو رهن بما بقي إن كان قد بقي منه شيء.

وإن لم يبق منه شيء، وهلك العبد في يد المرتهن، فلا ضمان عليه فيه؛ لأنه لم يأخذه على شيء مسمى.

ولو قضاه الراهن مائة[٤]، ثم قال خذها رهنًا بما كان فيها من زيوف أو ستوق فهو رهن جائز بما كان فيها ستوقًا. وأما الزائف فهو استيفاء، فلا يكون رهنًا.

الحسن بن زياد عن أبي يوسف - رحمه الله - في كتاب الاختلاف رجل له على رجل مائة درهم فأعطاه ثوبًا وقال: هذا رهن ببعض حقك وقبضه، فهلك قال زفر

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: لو عليه.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: ماله.

- رحمه الله - يهلك بقيمته، وقال أبو يوسف - رحمه الله - يذهب بما يشاء[١] المرتهن ويرجع [عليه][٢] بفضل الدين.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - رهن شجرة فرصاد تساوي مع الورق عشرين درهما فذهب [وقت][٣] الأوراق، وانتقص ثمنه، قال أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - يذهب من الدين حصة النقصان.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله: عندي أنه لا يسقط شيء من الدين، وهذا بمنزلة تغير السعر؛ لأن الشجرة لم تتغير عن حالها فلا يسقط، شيء من الدين، إلا أن يكون النقصان في الثمن لنقصان في نفس الشجرة أو بتناثر الأوراق، فحينئذ يسقط من الدين بحسابه، وما قاله الفقيه أبو بكر أشبه وأقرب إلى الصواب؛ لأن الأوراق بعد ذهاب وقتها لا قيمة لها أصلاً و[لا][٤] تقابل بشيء فصار بمنزلة الهلاك.

الحسن بن زياد - رحمه الله - في كتاب الاختلاف: رجل رهن من آخر عبدين بألف درهم فاستحق أحدهما والباقي بحصته، ولكنه لا يفتكه إلا بجميع الألف، وكذلك إن كان أحدهما حرًا أو مدبرًا.

وفي العيون عن محمد - رحمه الله - رجل رهن غلامين بألف درهم، ثم قال للمرتهن: إني احتجت إلى أحدهما فرده علي ففعل، فإن الباقي رهن بنصف الألف حتى لو هلك يهلك من الدين نصفه ولكن [لا][٥] يفتكه إلا بجميع الألف.

فالأصل أن كل جزء من أجزاء الرهن محبوس بجميع الدين ولكن عند الهلاك، لا يضمن أكثر من قيمته.

---

(١) في أ: شاء.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.

المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا رهن من آخر عبدًا قيمته ألفان بألف على أن المرتهن ضامن للفضل، فهو رهن فاسد هكذا روى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله.

رهن من آخر عبدًا فقال المرتهن: آخذ هذا على أنه إن ضاع، ضاع بغير شيء، فقال الراهن: نعم، [قال: الرهن][١] جائز، والشرط باطل فإن ضاع ذهب بالمال[٢].

وذكر في العيون عن محمد - رحمه الله - إذا رهن غلامين بألف وقيمتهما ألف، ثم إن الراهن قال للمرتهن: إني احتجت إلى أحدهما فرده علي ففعل فإن الباقي رهن بالألف[٣]، ولكن لو مات، مات بحصته فالأصل أن كل جزء من أجزاء الرهن محبوس بجميع الدين، ولكن لا يضمن أكثر من قيمته.

* * *

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: المال.
(٣) زاد في أ: كلها.

الفصل الخامس
في نفقة الرهن وأشباهها

نفقة الرهن: إذا كان الرهن شيئًا يحتاج إلى النفقة نحو العبد والدابة على الراهن، وكذلك أجر الحمال الذي يحمل العلف من السوق إليهما على الراهن، وكذلك كفنه على الراهن ويستوي في ذلك أن يكون الرهن في يد المرتهن أو العدل(١).

وفي مجموع النوازل: إذا أبى الراهن أن ينفق على الرهن، فالقاضي يأمر المرتهن بأن ينفق عليه، فإذا قضى الدين فللمرتهن أن يحبس الرهن [إلى أن](٢) يستوفي النفقة، وإن هلك الرهن بعد ذلك، فلا شيء على الراهن وهذا قول زفر - رحمه الله -.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: ليس له أن يحبس بالنفقة، وإذا هلك في يد المرتهن، فالنفقة دين على الراهن بحالها(٣).

وثمن الدواء وأجرة الطبيب على المرتهن ذكر المسألة مطلقة في موضع آخر من كتاب الرهن، [وذكر](٤) أن مداواة الجراحة والقروح ومعالجة الأمراض يجب على قسمتها. فما كان من حصة المضمون فعلى المرتهن، وما كان من حصة الأمانة فعلى

---

(١) ذهب جمهور الفقهاء إلى أن نفقة الرهن على الراهن.
لأنها من حقوق الملك، وكل ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن لا على المرتهن. لقول النبي ﷺ: «لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه وعليه غرمه» [أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٣٩)، وابن عبد البر في التمهيد (٦/ ٤٣٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وقال ابن عبد البر: هذا الحديث عند أهل العلم بالنقل مرسل، وإن كان قد وصل من جهات كثيرة، فإنهم يعللونها]. ولأن الرقبة والمنفعة على ملك الراهن فكانت النفقة عليه. ووافقهم الحنفية فيما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته، أما ما يحتاج إليه لحفظ المرهون فقال الحنفية: إنه على المرتهن؛ لأن حبس المرهون له.
ينظر: تبيين الحقائق (٦/ ٦٨)، والتاج والإكليل بهامش مواهب الجليل (٥/ ٢٣)، والمهذب (١/ ٣١٤)، والمغني، لابن قدامة (٤/ ٤٣٨).
(٢) في أ: حتى.
(٣) في أ: بحاله.
(٤) سقط في أ.

الراهن؛ لأن المرتهن في حصة الأمانة مودع، ونفقة الوديعة على المودع، وهكذا ذكر القدوري في شرحه.

ومن المشايخ من قال: إنما يجب ثمن الدواء وأجرة الطبيب على المرتهن إذا كانت الجراحة أو[١] المرض حدث عند المرتهن، أما إذا كان حادثًا عند الراهن يجب على الراهن.

ومن المشايخ من قال: لا بل يجب على المرتهن على كل حال وإطلاق محمد - رحمه الله - في الكتاب يدل عليه.

وعن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - أن ما حدث عند المرتهن من ذلك فثمن الدواء وأجرة الطبيب على المرتهن وما كان [حادثًا][٢] عند الراهن إن لم يزدد في يد المرتهن حتى لم يحتج فيه إلى زيادة مداواة فالدواء على الراهن، وإن زاد في يد المرتهن حتى احتيج إلى زيادة مداواة فالمداواة على المرتهن. [لكن][٣] لا يجبر[٤] المرتهن؛ لأن الراهن كان لا يجبر على المداواة وإن كان يجبر على النفقة فالمرتهن أولى، ولكن يقال له: هذا أمر حدث عندك فإن أردت إصلاح مالك وإحياءه حتى لا يتوى مالك فداوه.

وفي شرح الطحاوي: حفظ المرهون على المرتهن حتى إن الراهن لو شرط للمرتهن شيئًا على الحفظ لا يصح ولا يسعه، بخلاف الوديعة، فإن المودع إذا شرط للمودع شيئًا على الحفظ يصح.

وأجرة الراعي إذا كان [الرهن شيئًا][٥] يحتاج إلى الرعي على الراهن، وأجرة المأوى والمربض على المرتهن، وكذلك أجرة الحارس على المرتهن.

---

(١) في أ: و.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: يحبس.
(٥) سقط في أ.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: إن كان في منزل المرتهن سعة فعليه أن يأوي الدابة إليها، وإن لم يكن فيه سعة واحتاج المرتهن إلى أن يتكارى له منزلًا فالكراء على الراهن.

وفي القدوري: لو كان الرهن[١] أمة فولدت فأجر الظئر على الراهن، وسقي البستان وتلقيح النخيل وجزاز الثمر على الراهن.

وذكر هناك أصلاً فقال: كل نفقة كانت لمصلحة الرهن ولنفسه فهو على الراهن، وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن.

* * *

(١) في أ: الراهن.

[زوائد الرهن][١]

قال محمد - رحمه الله - ناقة أو بقرة لها لبن فلبنها رهن معها، وكذلك أصواف الغنم وسمونها وأولادها كلها ترهن مع الأصل، وكذلك ثمرة الأشجار وما ينبت من الأشجار في أرض الرهن[٢].

وأما نخلة الأرض والدار التي تؤاجر لا تكون رهنًا، فالأصل أن كل ما يتولد من غير الرهن يسري إليه، وكذلك [ما][٣] كان بدل جزء من أجزاء الرهن يسري إليه حكم الرهن أما ما كان بدلًا عن المنفعة فلا يسري إليه حكم الرهن.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وما أنفق المرتهن على الرهن والراهن غائب فهو فيه متطوع، فإن أمره القاضي أن ينفق ويجعله دينًا على الراهن فإنه قال: ويجعله القاضي دينًا.

---

(١) سقط في أ.

(٢) لا خلاف بين الفقهاء في أن زيادة المرهون المتصلة كالسمن وكبر الشجر تتبع الأصل. أما الزيادة المنفصلة فقد اختلفوا في حكمها:

قال الحنفية: إن نماء المرهون كالولد، والثمر، واللبن، والصوف، ونحو ذلك رهن مع الأصل، بخلاف ما هو بدل عن المنفعة كالأجرة، والصدقة، والهبة، فلا تدخل في الرهن، وهي للراهن.

وذهب الشافعية إلى أن الزيادة المنفصلة بأنواعها لا يسري عليها الرهن؛ لأن الرهن لا يزيل الملك فلم يسر عليها كالإجارة.

ويقول المالكية: إن ما تناسل من الرهن، أو نتج منه كالولد يسري إليه الرهن، وما عدا ذلك من الزوائد كالصوف واللبن، وثمار الأشجار وسائر الغلات فلا يسري عليها الرهن.

وذهب الحنابلة إلى أن زوائد العين المرهونة المنفصلة رهن كالأصل، لا فرق بين ما تناسل منها أو نتج منها كالولد، وبين غيره كالأجرة، والثمر، واللبن، والصوف، وقالوا: لأنه حكم ثبت في العين بعقد المالك، فيدخل فيه النماء والمنافع بأنواعها، كالملك بالبيع وغيره؛ ولأن النماء حادث من عين الرهن فيدخل فيها كالمتصل. وقالوا في سراية الرهن على الولد: إنه حكم مستقر في الأم ثبت برضا المالك فيسري إلى الولد كالتدبير، والاستيلاد.

ينظر: نهاية المحتاج (٤/ ٢٨٩)، أسنى المطالب (٢/ ١٧٣)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٣٥)، وفتح القدير (٩/ ١٢٩)، بداية المجتهد (٢/ ٢٤٦)، القوانين الفقهية، ص (٣١٩)، المغني، لابن قدامة (٤/ ٤٣٠)، الإنصاف (٥/ ١٥٨)، كشاف القناع (٣/ ٣٣٨).

(٣) سقط في أ.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: وهكذا نقول في كتاب اللقيط، وأكثر مشايخنا على هذا أنه لا بد من التنصيص على أن يكون ذلك دينًا على الراهن، وأما بمجرد الأمر بالإنفاق لا يصير دينًا.

وهذا؛ لأن أمر القاضي في هذا الموضع ما كان لإلزام المأمور شيئًا فإنه لا يلزم الإنفاق. وإن أمره القاضي بذلك لكن المقصود هو النظر، وذلك يتردد بين الأمر بالإنفاق حسبة وبين الأمر دينًا فعند الإطلاق لا يثبت إلا أدناهما فلا يصير دينًا إلا بالتنصيص عليه.

وفي المنتقى: الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمهم الله - إذا كان الراهن غائبًا وأنفق المرتهن على الرهن بقضاء القاضي، رجع على الراهن بها، وإن كان الراهن حاضرًا، لا يجوز ولا يرجع عليه.

وقال أبو يوسف: يرجع عليه فيهما جميعًا.



الفصل السادس
في تصرف الراهن والمرتهن في الرهن

إذا تصرف الراهن في المرهون قبل سقوط الدين من غير رضى المرتهن تصرفًا يلحقه الفسخ كالبيع والإجارة والكتابة والهبة والصدقة والإقرار ونحوها، لا يجوز ذلك التصرف في حق المرتهن أصلاً، ولا يبطل حقه في الحبس، وإذا قضى الراهن الدين وبطل حق الحبس نفذت تصرفات الراهن[1].

---

(١) لا خلاف بين الفقهاء في أنه ليس للراهن التصرف في المرهون بعد لزوم العقد بما يزيل الملك كالبيع، والهبة، والوقف، أو يزحم المرتهن في مقصود الرهن، كالرهن عند آخر، أو يقلل الرغبة في المرهون، إلا بإذن المرتهن. فإن تصرف بما ذكر، فتصرفه موقوف على إجازة المرتهن؛ لأنه تصرف يبطل حق المرتهن في الوثيقة، فلم يصح بغير إذنه، فإن أذن له صح التصرف، وبطل الرهن إن كان التصرف مما ليس فيه للمرهون بدل كالوقف، والهبة، ويسقط حق المرتهن في حبس المرهون؛ لأن المنع كان لحقه، وقد زال بإذنه. وإن كان للمرهون بدل كالبيع ففيه تفصيل: فإن كان الإذن مطلقا، والدين مؤجلا، صح البيع وبطل الرهن لخروج المرهون من ملك الراهن بإذن المرتهن، ولا يحل ثمن العين المرهونة محلها؛ لعدم حلول الدين. أما إذا كان حالا عند الإذن، قضي حق المرتهن من ثمن المرهون، وحمل إذنه على البيع من غرضه لمجيء وقته؛ ولأن مقتضى الرهن بيعه والاستيفاء منه، ولا يبطل الرهن، فيكون الراهن محجورا في ثمن المرهون إلى وفاء الدين.
وإن شرط في الإذن أن يقضى الدين من ثمن المرهون، صح البيع للإذن، ولغا الشرط؛ لأن التأجيل أخذ قسطا من الثمن، وهو لا يجوز، ويكون الثمن رهنا مكان المرهون؛ لأن المرتهن لم يأذن في البيع إلا طامعا في وفاء الدين من ثمنه، فلم يسقط حقه منه مطلقا، وإلى هذا ذهب الحنابلة.

وقال الحنفية: إذا باع الراهن وأجاز المرتهن البيع، جاز؛ لأن توقيف البيع لحقه، وقد رضي بسقوطه، وإن نفذ البيع بإجازة المرتهن، ينتقل حقه إلى بدله؛ لأن حقه بالمالية، وللبدل حكم المبدل، وإن لم يجز المرتهن البيع، يبقى موقوفًا في أصح الروايتين في المذهب، وللمشتري الخيار بين أن يصبر حتى يفك الراهن المرهون، وبين أن يرفع الأمر إلى الحاكم فيفسخ البيع لفوات القدرة على التسليم، وفي رواية: للمرتهن فسخ البيع؛ لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك، له أن يفسخ، أو يجيز.
وعن أبي يوسف: إن شرط المرتهن في الإجازة أن يكون الثمن رهنا، فهو رهن؛ لأنه إذا أجاز بهذا الشرط لم يرض ببطلان حقه عن العين، إلا أن يكون متعلقا بالبدل، فإن لم يشترط ذلك فقد سقط حقه عن المرهون، والثمن ليس بمرهون حتى يتعلق به حق.

وقال المالكية: إن أذن المرتهن للراهن بالبيع بطل الرهن عن العين المرهونة، وحل =

وإن تصرف تصرفًا لا يلحقه الفسخ نفذ، وبطل الرهن عندنا.

بعد ذلك ينظر: إن كان الراهن موسرا فلا سعاية عليه، وعلى الراهن الضمان، وإن كان الدين حالًّا في الأصل أو كان مؤجلًا، ولكن قد حل الأجل أجبر الراهن على القضاء، وإن لم يحل الأجل أخذ المرتهن قيمة العبد وحبسها بدينه مكان العبد.

وإن كان الراهن معسرًا فللمرتهن أن يستسعى العبد وينظر في ذلك: إلى قيمة العبد يوم العتق، وإلى قيمته يوم الرهن وإلى الدين فيستسعى في أقلهما(١) ثم يرجع العبد على الراهن بما سعى إذا أيسر ويرجع المرتهن على الراهن ببقية دينه إن فضل الدين عن السعاية.

وإن كان مكان العتاق تدبير فالجواب فيه نظير الجواب في العتاق إلا في خصلتين:

إحداهما: أن في فصل العتاق(٢) إذا كان الراهن معسرًا فالعبد يسعى في الأقل من ثلاثة أشياء. وفي التدبير يسعى في جميع الدين بالغًا ما بلغ.

والثانية: أن بالتدبير لا يرجع المدبر على المولى بما سعى؛ لأن بالتدبير لا يخرج من أن يكون سعايته [من](٣) مال المولى فيسعى في جميع الدين ولا يرجع، ولا كذلك في فصل العتق.

= مكانها الثمن رهنا، إن لم يأت الراهن برهن كالأول.

وقال الشافعية: إن شرط في إذن البيع أن يكون الثمن رهنا، لم يصح البيع، سواء أكان الدين حالا، أم مؤجلا، لفساد الإذن بفساد الشرط.

ينظر: حاشية الطحطاوي (٤/ ٢٤٧)، وتكملة فتح القدير وحاشية سعدي جلبي (٩/ ١١١)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٣٢٧)، والقوانين الفقهية، ص (٣١٩)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٤٣)، وشرح الزرقاني (٥/ ٢٤٣)، ونهاية المحتاج (٤/ ٢٥٩ - ٢٦٨)، والمجموع (٣/ ٢٤٠)، وأسنى المطالب (٢/ ١٥٨، ١٦٣)، والمغني، لابن قدامة (٤/ ٤٠١)، وكشاف القناع (٣/ ٣٣٤).

(١) في أ: أقلها.
(٢) في أ: العتق.
(٣) سقط في أ.

وإذا أجر المرتهن الرهن من أجنبي بغير أمر الراهن فالغلة للمرتهن ويتصدق بها عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ؛ لأنه بمنزلة الغاصب.

وإذا كان الراهن أذن له في ذلك كان الأجر للراهن وينتقض الرهن حتى لا يعود إلا بتجديد من ذي قبل، وكذلك لو أن المرتهن رهن الرهن من غيره بإذن الراهن ينتقض الرهن ولا يعود رهنًا إلا بتجديد من ذي قبل.

فإن كان المرتهن استهلك هذه الغلة ضمنها وإن هلكت في يده فلا ضمان عليه؛ لأنه وكيل بالإجارة والجواب في الوكيل بالإجارة إذا قبض الأجر على هذا الوجه.

ولو كان الرهن دابة أو عبدًا فركب المرتهن الدابة، أو استعمل العبد بغير إذن الراهن، فهلك في حال الاستعمال فهو ضامن، ولا يسقط شيء من الدين وتكون القيمة رهنًا عنده مقام العين[١] كما لو أتلف أجنبي آخر، فإن ترك الاستعمال، عاد رهنًا كما كان حتى لو هلك في هذه الحالة هلك مضمونًا بالدين.

وإن كان الراهن أذن له في ذلك، فهلك في يده في حالة الاستعمال هلك غير مضمون حتى لا يسقط شيء من الدين؛ لأن استعمال المرتهن بإذن الراهن كاستعمال الراهن بإذن المرتهن.

ولو أعاره المرتهن بإذن الراهن من أجنبي فهلك في يد المستعير لا يسقط شيء من الدين ولكن للمرتهن أن يعيده إلى يده.

والحاصل: أن بيد العارية ينعدم ضمان الرهن، ولا يرفع عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن يعيده إلى يده.

ولو ولدت ولدًا في يد المستعير راهنًا كان المستعير أو أجنبيًا أو مرتهنًا، كان الولد مرهونًا.

وبيد الإجارة والرهن يبطل عقد الرهن، وبيد الوديعة لا يبطل عقد الرهن حتى لو أودع المرتهن الرهن من رجل بإذن الراهن أو أودعه الراهن بإذن المرتهن، كان

(١) في أ: العبرة.

للمرتهن أن يعيده إلى يده.

وإذا أجر المرتهن الرهن من الراهن، فالإجارة باطلة، وهو بمنزلة ما إذا أعار منه أو أودع منه، فله أن يسترده.

وإذا أعار المرتهن الرهن من الراهن ثم مات الراهن، يرجع الرهن إلى المرتهن، ولا يكون بين الغرماء؛ لأن أصله كان مقبوضًا فكان له استرداده منه حال حياته، فكذا من تركته بعد وفاته.

وإذا كان المصحف رهنًا وأذن الراهن للمرتهن أن يقرأ فيه فالمصحف في حالة القراءة عارية حتى لو هلك [يهلك][(١)] بغير شيء، وإذا فرغ من القراءة عاد رهنًا كما كان.

وفي عارية الواقعات: رجل رهن عند رجل خاتمًا، وقال للمرتهن: تختم به فتختم به فهلك في حالة التختم، إن أمره أن يتختم في الخنصر يهلك أمانة والدين على حاله؛ لأنه صار عارية فيخرج من أن يكون مضمونًا بالرهن، وإن أخرجه من الإصبع ثم هلك، هلك بالدين؛ لأنه عاد ضمان الرهن.

وإن أمره أن يتختم بالبنصر فهلك في حالة التختم، يهلك بالدين؛ لأنه لا يكون عارية؛ لأن هذا أمر بالحفظ لا بالاستعمال، وهو الصحيح.

ولو أمره أن يتختم في الخنصر، وجعل الفص من جانب الكف فهذا وما لو أمره أن يجعل الفص من جانب الكف سواء وهو الصحيح. ذكره شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - في باب إجارة الحلي.

وإذا أثمر النخيل والكرم وهو رهن وخاف المرتهن على الثمر الهلاك فباعه بغير أمر القاضي لم يجز بيعه، وكان ضامنًا، ولو باعه القاضي بنفسه أو باعه بأمر القاضي، نفذ البيع ولا يجب الضمان، وإن جز الثمرة وقطف العنب بغير أمر القاضي، فلا ضمان عليه استحسانًا؛ لأن هذا من باب الحفظ، وحفظ المرهون حق

---

(١) سقط في أ.

المرتهن.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: هذا إذا جز كما يجز عنده، ولم يحدث فيه نقصان، فإن تمكن فيه نقصان من عمله فهو ضامن، فتسقط حصته من الدين في[(١)] الرهن.

ولو كانت شاة فذبحها وهو يخاف الهلاك يضمن قياسًا واستحسانًا.

والحاصل: أن كل تصرف يزيل العين عن ملك الراهن كالبيع والإجارة فذلك ليس بمملوك للمرتهن، ولو فعل يضمن وإن كان فيه تحصين وحفظ عن الفساد إلا إذا كان بأمر القاضي، وكل تصرف لا يزيل العين عن ملك الراهن كان للمرتهن ذلك إن[(٢)] كان يغير أمر القاضي [إذا][(٣)] كان فيه حفظ أو تحصين عن الفساد. فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل.

وفي الزيادات: إذا حلب المرتهن الشاة المرهونة وشربه، فلا ضمان عليه، ولا يسقط شيء من الدين كما لو فعل الراهن بنفسه.

ولو فعل ذلك بغير إذن الراهن وجب عليه الضمان، ويكون رهنًا عند المرتهن محبوسًا بالدين مع الشاة.

وكذلك لو فعل الراهن بنفسه بغير إذن المرتهن ضمن قيمته وتكون القيمة رهنًا عند المرتهن مع الشاة.

إذا لبس الثوب المرهون بغير إذن الراهن، حتى تخرق صار ضامنًا قيمة الثوب، فيحتسبه له من ذلك ما كان فيه من الدين بطريق المقاصة ويؤدي ما زاد على ذلك إلى صاحب الثوب.

وفي فتاوى أهل سمرقند: المرهونة إذا أرضعت صبي المرتهن لم يحتسب؛ لأن لبن الآدمي لا ثمن له.

---

(١) في أ: و.
(٢) في أ: وإذا.
(٣) سقط في أ.

وفي مجموع النوازل: إذا رهن الرجل من آخر ثوبًا يساوي عشرين درهمًا بعشرة دراهم، ثم إن الراهن أذن للمرتهن في لبسه [فأنقصه ستة دراهم][١]، ثم لبسه المرتهن بغير إذن الراهن فأنقصه[٢] أربعة دراهم، ثم ضاع [الثوب][٣]، وقيمته عشرة دراهم فإن المرتهن يرجع على الراهن بدرهم [من دينه ويسقط من دينه تسعة دراهم][٤].

والوجه في ذلك: أن الثوب لما رهن بعشرة وقيمته عشرون صار كل درهمين رهنًا بدرهم، فإذا ذهبت ستة بلبس المرتهن بإذن الراهن فقد وجب للمرتهن على الراهن ثلاثة؛ لأن هذه الستة ذهبت باستعمال الراهن معنى؛ لأن استعمال المرتهن بأمر[٥] الراهن كاستعمال الراهن بنفسه فضمان الستة الذاهبة تكون على الراهن وذلك ثلاثة دراهم بمقابلة كل درهمين بدرهم، فإذا ذهبت أربعة بعد ذلك بلبس المرتهن بغير إذن الراهن فهذه الأربعة كلها مضمونة[٦] على المرتهن؛ لأنها ذهبت باستعماله فلما هلك وقيمته عشرة صار المرتهن مستوفيًا من دينه خمسة، وقد وجب على المرتهن أربعة للراهن، وللمرتهن على الراهن ثلاثة، فصارت ثلاثة بثلاثة قصاصًا ويبقى على المرتهن درهم فيحسب عليه من حقه وبقي له إلى تمام حقه درهم؛ لأنه استوفى خمسة بهلاكه وقضى ثلاثة بطريق المقاصة فاحتسب عليه درهم مما هلك باستعماله، فجملة ما حصل له تسعة وبقي له إلى تمام حقه درهم فيرجع بذلك على المرتهن.

وإذا باع الراهن [الرهن][٧]، يقف على إجازة المرتهن [أو قضاء دينه][٨].

---

(١) في أ: فنقصه.
(٢) في أ: فقبضه.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: بإذن.
(٦) في أ: مضمنة.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه ينفذ، فإن لم يجز المرتهن البيع ولم يبطله القاضي، هل يبقى البيع منعقدًا حتى إذا سقط حق المرتهن عن الرهن ينعقد ذلك البيع ولا يحتاج إلى تجديد البيع، أو يبطل حتى إذا سقط حق المرتهن عن الرهن يحتاج إلى تجديد البيع؟

ذكر في آخر الباب الأول من رهن الجامع: أنه يبقى منعقدًا.

وروي عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه لا يبقى منعقدًا.

قيل: ما ذكر أنه يبقى جواب الاستحسان.

وجه القياس في ذلك: وهو أن الحق معتبر بالحقيقة، ولو كان للغير حقيقة ملك يوقف أصل العقد والنفاذ على إجازته حتى إذا لم يجز بطل الأمران فكذلك هاهنا.

[وجه](١) الاستحسان: وهو أن الحق دون الحقيقة، فإن حقيقة الملك في المبيع منع نفاذ بيع الفضولي ووقوع الملك للمشتري أصلاً، والحق يمنع النفاذ ولا يمنع أصل الملك، فإن المشتري من الراهن إذا قبض يملكه ملكًا فاسدًا فثبت أن الحق دون الحقيقة فأوجب توقف النفاذ لا توقف أصل العقد حتى يظهر مزية الحقيقة على الحق ويظهر انحطاط رتبة الحق عن الحقيقة.

قال: فإن لم يجز المرتهن البيع ولم يبطله القاضي حتى رهنه الراهن من آخر فأجاز المرتهن الرهن، بطل الرهن، وجاز البيع؛ لأن البيع من الراهن وقع للمرتهن؛ لأن المرتهن ذو حظ من البيع؛ لأنه يتحول حقه من العين إلى ثمنه؛ لأن البدل قائم مقام مبدله، ويجوز أن يكون البيع حقًا للمرتهن؛ ألا ترى أن الراهن إذا مات فإنه يباع الرهن بدينه ويكون المرتهن أحق بالثمن من سائر الغرماء.

وكذلك إذا رهن وسلطه على أن يبيعه عند محل الأجل، فنزل المرتهن في إجازة المبيع منزلة المالك، والبيعان متى توقفا على إجازة المالك فأي البيعين أجاز(٢)

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: أجازا.

جاز، وكذلك هاهنا.

فأما الرهن لا يقع للمرتهن؛ لأنه لا ينتفع به، وإنما يقع للراهن فلا تعتبر إجازة المرتهن لتنفيذ الرهن، وإنما تعتبر لإبطال حقه في الرهن فكأنه ناقض الرهن ورده عليه.

ولو كان كذلك ينفذ البيع ويبطل الرهن[١]؛ لأنه لما زال حق المرتهن بقيت العبرة لحق الراهن، وبيعه كان سابقًا على الرهن.

ثم ذكر في الكتاب: أن الثمن في البيع يصير رهنًا حتى إذا توى توى من ماله، وإذا خرج كان هو أحق به من سائر غرمائه.

وروى أبو حازم عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يصير رهنًا إذا شرط المرتهن عند الإجازة أن يكون الثمن رهنًا، فإذا لم يشترط فإنه لا يصير رهنًا؛ لأن المرتهن لما أجاز البيع نفذ البيع وصار الثمن مملوكا للراهن وإنه مال آخر ملكه بسبب جديد، فلا يصير رهنًا من غير شرط، كما لو أجر الراهن الرهن فأجاز المرتهن لا تصير الأجرة رهنًا من غير شرط؛ لما بينا، وكذلك هاهنا.

ووجه ما ذكر في ظاهر الرواية: وهو أن المرتهن لما أجاز البيع نفذ وتحول حقه من العين إلى ثمنه؛ لأن الثمن قائم مقام المثمن، فتحول حق المرتهن فتعلق حقه بالثمن.

وهذا هو الأصل في جنس هذه المسائل: أن من تصرف في غير مملوك له، وقد تعلق به حق الغير، فأجاز صاحب الحق تصرفه، هل يتعلق حقه ببدله، ينظر: إن كان ما وجب من البدل بدلًا عما تعلق به حقه، يتعلق حقه بالبدل، وإن كان ما وجب من البدل[٢] بدلًا عما لم يتعلق به حقه، لا يتعلق[٣] حقه بالبدل.

ألا ترى أن الآجر إذا باع المستأجر فأجاز المستأجر لا يتعلق حقه بالثمن؛ لأن

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ٣٤١).
(٢) في أ: المبدل.
(٣) زاد في أ: به.

الثمن وجب بدلًا عن العين وحقه في المنفعة.

وأما حق المرتهن فيتعلق بالعين فجاز أن يتعلق حقه ببدله.

وفي القدوري: إذا كان البيع مشروطًا في الرهن فالثمن رهن وإن لم يكن مشروطًا في الرهن، فالثمن [لا][١] يكون رهنًا عند محمد - رحمه الله.

قال الطحاوي - رحمه الله - في اختلاف العلماء: لم نجد في ذلك خلافًا.

وفي شرح الطحاوي - رحمه الله - أن الثمن رهن من غير ذكر خلاف. وهو الصحيح.

* * *

(١) سقط في أ.

الفصل السابع

في الاختلاف الواقع في الرهن والدعوى [فيه][(١)] والشهادة عليه

اختلف الراهن والمرتهن، فقال الراهن: هلك في يديك، فقال المرتهن: قبضته مني بعد الرهن وهلك في يديك، فالقول قول الراهن؛ لأن المدعى عليه يدعي استردادًا عارضًا.

وإن أقاما البينة فالبينة بينة الراهن أيضًا ويصير المرتهن ضامنًا.

وإن قال المرتهن: هلك في يد الراهن قبل أن أقبضه كان القول قوله لإنكاره دخوله في ضمانه، والبينة بينة الراهن لإثباته إيفاء الدين.

وإذا قال الراهن: رهنتك هذه الجارية بخمسمائة، وقال المرتهن: رهنتني بألف، فالقول قول الراهن، مع يمينه ولم يكن رهنًا إلا بخمسمائة.

وإن قال الراهن: رهنتكها بألف درهم، وقال المرتهن: بل رهنتها بخمسمائة، روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنهما يتحالفان ويترادان.

[روى][(٢)] عيسى بن أبان عن محمد - رحمهما الله -: إذا كان الرهن ثوبًا وأذن الراهن للمرتهن فلبسه وهلك واختلفا في هلاكه في حالة اللبس أو بعد ما نزعه وعاد رهنًا، فالقول قول المرتهن؛ لأنهما قد اتفقا على خروجه من الرهن فلا يصدق الراهن[(٣)] في عوده إلى الرهن[(٤)].

وعنه أيضًا: رهن من آخر عبدًا يساوي ألف درهم وسلط الراهن المرتهن على بيعه فقال المرتهن: بعته بخمسمائة، وقال الراهن: لم تبعه ولكن مات في يديك، فإنه[(٥)] يحلف الراهن بالله ما يعلم أن المرتهن باعه بخمسمائة ويكون القول قوله،

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: الرهن.
(٤) في أ: الراهن.
(٥) في أ: قال.

ولا يستحلف بالله [لقد](١) مات في يدي المرتهن؛ لأنه لو قال: لا أدري أمات في يده أو لا ولكني أدري أنه لم يبعه، لكان ذلك له فيحلف بالله ما يعلم أنه باعه بخمسمائة.

[روى](٢) بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا كان الثوب رهنًا وقد أذن [الراهن للمرتهن في لبسه يومًا فجاء به متخرقًا](٣)، فقال المرتهن: تخرق في لبس(٤) ذلك اليوم، وقال الراهن: لم تلبسه في ذلك اليوم ولم يتخرق في لبسك، فالقول قول الراهن.

فإن أقر الراهن أنه لبسه في ذلك اليوم، غير أنه قال: أصابه هذا الخرق قبل اللبس أو بعده، فالقول قول المرتهن أنه أصابه في لبسه؛ لأنهما اتفقا على خروج الثوب من الضمان بلبس المرتهن فكان القول قول المرتهن في مقدار ما عاد إلى ضمانه، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى اتفقا على دخوله في الضمان ضمانًا صحيحًا ولم يعترف الراهن بخروجه من الضمان فلا يقبل قول المرتهن في ذلك.

إذا كان الرهن عبدًا فأقام الراهن بينة أنه أبق عند المرتهن وأقام المرتهن بينة أنه رده على الراهن فأبق عنده، قال ابن سماعة: قال محمد - رحمه الله - آخذ ببينة المرتهن؛ لأنه قد يأبق عنده ثم يجده فيرده فيكون دينه على حاله وهو بريء منه.

[روى](٥) بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا وقع الاختلاف بين الراهن والمرتهن في ولد المرهونة فقال المرتهن: ولدته عندي، فالقول قول المرتهن؛ لأنه في يده ولم يقر أنه أخذه من غيره، ولو قال المرتهن: رهنتهما جميعًا، وقال الراهن: رهنت الأم وحدها، فالقول قول الراهن.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: وهو متخرق.
(٤) في أ: لبسي.
(٥) سقط في أ.

وإذا أنكر الراهن [الرهن](١)، فإن كان المرتهن ادعى الرهن مع القبض تقبل منه البينة على الارتهان والقبض، وإن كان المرتهن ادعى مجرد العقد لا تسمع منه البينة عليه؛ لأن مجرد العقد ليس بلازم، وإن كان المرتهن جحد الرهن فالقول قول المرتهن، وسواء شهد الشهود على معاينة القبض أو على إقرار الراهن بذلك فهما سواء عند أبي حنيفة الآخر وهو قولهما.

إذا أقام الراهن بينة [أنه رهنه](٢) عبدًا يساوي ألفي درهم بألف درهم، وأنكر المرتهن ولا يدري ما صنع بالعبد، ضمن قيمة العبد ويحسب له من ذلك بقدر الدين، ويرد الباقي على الراهن.

ولو أقر المرتهن بالرهن والموت عنده هلك بما فيه ولا يضمن الزيادة؛ لأنه أمين في الزيادة ولم يوجد منه جحود فلا يضمن الزيادة.

وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم وهو مقر به فادعى رب الدين على المديون أنه رهنه عبدًا له، وقبضه منه والمديون يجحد ذلك قضى القاضي بالرهن ببينة رب الدين.

ولو كان المديون يدعي الرهن على رب الدين، ورب الدين يجحد، فإن كان الرهن قائمًا في يد المرتهن، فالقاضي لا يقضي بالرهن ببينة المطلوب على رواية كتاب الرهن، وعلى رواية كتاب الرجوع عن الشهادات يقضي.

وجه ما ذكر في كتاب الرهن: أن الجحود في العقد صار كناية عن الفسخ فيوجب الفسخ متى حصل ممن يملك الفسخ، والمرتهن يملك الفسخ؛ لأن الرهن [ليس بلازم](٣) من جانبه فصار جحوده بمنزلة قوله: فسخت الرهن، وبعد ما قال المرتهن: فسخت الرهن، فالقاضي لا يقضي بالرهن ببينة المديون كذا هاهنا.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: لازم.

ووجه ما ذكر في كتاب الرجوع عن الشهادات: أن جحود العقد كما يصلح كناية عن الفسخ يصلح عبارة عن إنكار العقد أصلاً وهو الحقيقة، فيعتبر إنكارًا للعقد لا فسخًا حتى يمكن للراهن إثباته بالبينة تصحيحًا للبينة بقدر الممكن.

بخلاف ما لو قال: فسخت؛ لأن قوله: فسخت، صريحًا لا يحتمل إنكار العقد من الأصل، بل هو رفع العقد بعد وجوده، والقضاء بالعقد بعد وجود ما يرفعه متعذر.

وإن كان هالكًا في يد المرتهن؛ فالقاضي يقضي ببينته باتفاق الروايات؛ لأن جحود المرتهن الرهن بعد هلاك الرهن لا يمكن أن يجعل فسخًا؛ إذ هو لا يملك فسخ الرهن بعد هلاكه فيجعل إنكار العقد من الأصل فيتمكن الراهن من إثباته بالبينة.

ذكر الخصاف - رحمه الله - في كتاب الحيل: رجل في يديه رهن والراهن غائب، فأراد المرتهن أن يثبت الرهن عند القاضي حتى يسجل له ذلك ويحكم بأنه رهن في يديه.

فالحيلة في ذلك: أن يأمر المرتهن رجلاً غريبًا حتى يدعي رقبة هذا الرهن ويتقدم المرتهن إلى القاضي فيقيم المرتهن بينة عند القاضي أنه رهن عنده فيسمع القاضي بينته على الرهن[1] ويقضي بكونه رهنًا عنده ويدفع [عنه][2] خصومة الغريب، فهذا تنصيص من الخصاف - رحمه الله -: أن البينة على الرهن مقبولة من المرتهن لدفع خصومة مدعي الرهن عن نفسه حال غيبة الراهن.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - المسألة في كتاب الرهن، وشوش الجواب، ففي بعض المواضع شرط حضرة الراهن لسماع هذه البينة والمشايخ فيه يختلفون.

منهم من قال: ما ذكر في بعض المواضع من اشتراط حضرة الراهن لسماع هذه

(١) في أ: الراهن.
(٢) سقط في أ.

البينة وقع غلطًا، والصحيح أنه تقبل هذه البينة وإن كان الراهن غائبًا كما تقبل بينة المودع [على الوديعة حال غيبة المودع][١]، وبينة الغاصب والمستأجر والمضارب على الغاصب والإجارة والمضاربة حال غيبة المالك.

ومن المشايخ من قال: في المسألة روايتان: في إحدى الروايتين: تقبل البينة حال غيبة الراهن؛ لأنه لما رهنه منه فقد استحفظه فيه، فإذا تعذر عليه الحفظ إلا بإقامة البينة وإثبات الملك للراهن صار خصمًا في ذلك كما في الوديعة وأشباهها.

وفي رواية أخرى: لا تقبل هذه البينة حال غيبة الراهن، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - وهذا؛ لأن في قبول هذه البينة لإثبات الرهن على الغائب [قضاء على الغائب][٢]، ولا حاجة لصاحب اليد إلى ذلك لدفع الخصومة عنه كما لو أقام بينة أنه وديعة في يده.

وقد أجاب محمد - رحمه الله - بهذا في نظائره في السير الكبير فقال: العبد المرهون إذا أسر ثم أخذه المسلمون فوجده المرتهن قبل القسمة وأقام بينة أنه رهن عنده لفلان وأخذه، لا يكون هذا قضاء على الغائب بالرهن؛ لأنه لا يحتاج إلى إثبات الرهن؛ لأن الإيداع كاف، فتبين بهذا أن قبول هذه البينة لإثبات الرهن على الغائب لا وجه إليه.

وإذا أقام الراهن بينة على المرتهن أنه رهنه رهنًا وأقبضه[٣] ولم يسم الشهود الرهن، ولم يعرفوه، فإنه يسأل المرتهن عن الرهن والقول قوله [عند][٤] مشايخ بلخ.

وقالوا: تأويله: إذا شهد الشهود أنه رهن شيئًا مجهولًا وقبض وشهدوا على معاينة الرهن والقبض، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة، وهو نظير ما لو شهد الشهود

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: وقبضه.
(٤) سقط في أ.

على الإقرار بغصب شيء مجهول، فالقاضي [لا][(١)] يقبل البينة وأجبر الغاصب على البيان، فأي شيء بين، فالقول قوله، وإن شهدوا على معاينة غصب شيء مجهول لا تقبل كذا هاهنا.

وإذا أقام الرجل بينة أنه استودع ذا اليد هذا الثوب وأقام ذو اليد [بينة][(٢)] أنه ارتهنه منه يؤخذ ببينة المرتهن ويجعل كأنه أودع أولًا ثم رهن؛ لأن الرهن يرد على الإيداع، وإن كان الإيداع لا يرد على الرهن إلا برضى المرتهن.

ولو كان الراهن أقام بينة على أنه باعه منه وأقام المرتهن بينة على الرهن، جعلته بيعًا وأبطلت الرهن، ويجعل كأنه رهن أولًا ثم باع؛ لأن البيع يرد على الرهن، وجنس هذه المسائل في [كتاب][(٣)] الشهادات.

قال: ادعى رجل على رجلين رهنًا وأقام البينة على أحدهما أنه رهنه وأقبضه[(٤)]، والمتاع لهما جميعًا وهما يجحدان الرهن، يستحلف الذي لم يقم عليه البينة بالله ما رهنه، فإن نكل ثبت الرهن عليهما، على أحدهما بالبينة وعلى الآخر بالنكول القائم مقام الإقرار، وإن حلف رد الرهن عليهما؛ لأن الرهن انتفى [من][(٥)] الأصل في نصيب الحالف فتعذر القضاء به في نصيب الآخر؛ لأن نصيبه نصف شائع من العين.

وإن كان الراهن واحدًا والمرتهن اثنين فقال أحدهما: ارتهنت أنا وصاحبي هذه العين منك بمائة، وأقام البينة.

وقال المرتهن الآخر: لم يرهنه، وقد قبضا العين[(٦)] وجحد الراهن الرهن، فعن

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: وقبضه.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: الثوب.

أبي يوسف - رحمه الله - روايتان:

ذكر في باب الشهادة في الرهن من رهن الأصل: أنه يرد الرهن على الراهن كما في الوجه الأول.

وذكر في العيون رواية بشر عنه: أن العين لا يكون رهنًا للمدعي بحصة دينه ولا يبطل الرهن بجحود صاحبه، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله.

وقال محمد - رحمه الله - في ذلك الباب من رهن الأصل: أقضي به رهنًا وأجعله في يد الذي أقام البينة وعلى يد[١] عدل، فإذا قضى الراهن مال الذي أقام البينة أخذ الرهن، وإن هلك الرهن ضمن نصيب الذي أقام البينة من المال، وبه نفتي.

ووجه الفرق لأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - بين هذا وبين ما تقدم: أن ثمة لم يثبت الرهن في نصيب أحدهما لانعدام الحجة فيبطل في نصيب الثاني ضرورة.

أما هاهنا: المدعي أثبت الرهن ببينته في جميع العين وهو خصم في ذلك؛ لأنه لا يتوصل إلى إثبات حقه في نصيبه إلا بإثبات الرهن على الراهن وعلى المرتهن الآخر، فينتصب خصمًا ضرورة فيقضي بالرهن في جميعه، ثم الآخر بجحوده صار رادًا للرهن في نصيبه، وهو يتمكن من ذلك.

أما[٢] لا يتمكن من إبطال حق الآخر فلا يعود شيء منه إلى الراهن كما لو ثبت ارتهانها معاينة، ثم أراد أحدهما رده لم يكن له ذلك حتى يجتمعا على الرد، لكن لا يمكن إلزام الجاحد إمساكه مع رده بجحوده، ويتعذر جعل الكل في يد المدعي لإقراره أن الراهن لم يرض بذلك فيجعل على يديه[٣] ويد عدل[٤] إلى أن يستوفي هو دينه.

---

(١) في أ: يدي.
(٢) زاد في أ: ما.
(٣) في أ: يده.
(٤) في أ: العدل.

وفي مجموع النوازل [روى][(١)] شيخ الإسلام أبو الحسن - رحمه الله - عن رجل ادعى على آخر أنه رهن هذا ولكنه لا يدري بكم رهنه، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة؛ لأن القضاء بالرهن لا بد له من القضاء بالدين وتعذر القضاء بالدين، هاهنا لمكان الجهالة، فيتعذر القضاء بالرهن.

* * *

(١) سقط في أ.

الفصل الثامن

في الرهن الذي يكلف صاحبه الإحضار حتى يعطى ماله والذي لا يكلف

الأصل في هذا الفصل: أن المرتهن إذا طالب الراهن بقضاء الدين وأبى الراهن ذلك، وأبى أن يحضر المرتهن الرهن، إن كان المرتهن قادرًا على إحضار الرهن من غير مؤنة تلزمه، كان للراهن أن يمتنع عن القضاء إلى أن يحضر المرتهن الرهن، وإن لم يكن المرتهن قادرًا على إحضار الرهن أصلاً مع قيام الرهن، أو لم يكن قادرًا عليه إلا بمؤنة تلزمه، فليس للراهن أن يمتنع عن القضاء في الحال.

والمعنى في ذلك: وهو أن الدين بدل [عن][(١)] الرهن من وجه وليس ببدل من وجه، فمن حيث إن الرهن يشتمل على الإيفاء والاستيفاء بدل، ومن حيث إن الاستيفاء ليس بحكم أصلي للرهن، بل الحكم الأصلي حق الحبس ليس ببدل، فكان بدلًا من وجه دون وجه.

فقلنا: إذا قدر المرتهن على إحضار الرهن من غير مؤنة تلزمه، لا يملك قبض الدين إلا بعد إحضاره اعتبارا لمعنى البدلية كما في البيع.

وقلنا: إذا لم يقدر على إحضاره [اعتبارًا][(٢)] مع قيام الرهن، [أو لم يقدر على إحضاره][(٣)]، إلا بمؤنة، لا يتأخر تسليم الدين اعتبارًا بطريق عدم البدلية، بخلاف البيع؛ لأن الثمن في باب البيع عوض محض.

ذكر في مجموع النوازل: سئل نجم الدين عمر النسفي - رحمه الله - عن رجل رهن من آخر عبدًا بكورة مرغينان وانتقل المرتهن إلى سمرقند فجاءه الراهن وقضاه دينه، فقال المرتهن: الرهن بمرغينان فاذهب واقبضه، والراهن يطالبه بتسليمه بسمرقند، هل يلزمه ذلك بسمرقند؟

قال: نعم، إذا قضى دينه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

وهذا الجواب يخالف ما ذكره في الزيادات، فالمذكور في الزيادات: أن من رهن [من][(١)] آخر شيئًا وسلمه إلى المرتهن ثم لقيه المرتهن في غير المصر الذي فيه الرهن وطالبه بقضاء الدين وأبى الراهن ذلك حتى يحضر الرهن، فإن كان الرهن شيئًا له حمل ومؤنة أجبر الراهن على قضاء الدين، ولا يجبر المرتهن على إحضار الرهن لما ذكرنا.

يوضحه: أن عين الرهن أمانة في يد المرتهن ومؤنة الرد لا تجب على الأمين كما في الوديعة، وإذا لم تجب عليه مؤنة الرد ولا يمكنه التسليم إلا بمؤنة، فيسقط عنه التسليم ضرورة، ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك الرهن، إن طلب الراهن ذلك[(٢)]؛ لأن الرهن يحتمل الهلاك في هذه الحالة، وعلى تقدير الهلاك لا يجب قضاء الدين، وإذا قضي يجب نقضه فيحلف ليصير حال الرهن معلومًا ويحلف على البتات؛ لأن هذا تحليف على الهلاك في يده[(٣)].

---

(١) سقط في أ.

(٢) ذهب جمهور الفقهاء إلى أن مؤنة المرهون على الراهن كعلف الحيوان، وسقي الأشجار، وجذاذ الثمار وتجفيفها، وأجرة مكان الحفظ، والحارس، ورعي الماشية وأجرة الراعي ونحو ذلك، لقوله ﷺ: «لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه، عليه غرمه، وله غنمه» ولأنه ملكه، فوجب عليه ما يحتاج لبقاء الرهن.

وقال الحنفية: إن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه، أو تبعيته كعلف الدابة، وأجرة الراعي، وسقي البستان، فعلى الراهن، وما يحتاج لحفظ المرهون كمأوى الماشية، وأجرة الحفظ، فعلى المرتهن؛ لأن حبس المرهون له. وإذا امتنع من وجبت عليه مؤنة المرهون أجبره الحاكم عليه، فإن أصر فعله الحاكم من ماله بقدر الحاجة، وإن قام المرتهن بالمؤنة بغير إذن الحاكم، صار متطوعا، فلا يرجع على الراهن بشيء، وإن قام بالمؤنة بإذن الحاكم، أو أشهد على الإنفاق عند فقد الحاكم، وامتناع من وجب عليه المؤنة، أو كان غائبا عن البلد، رجع بما أنفقه عليه.

وقال المالكية: يرجع المرتهن على الراهن بما أنفقه وإن لم يأذن له الحاكم أو الراهن.

ينظر: حاشية الطحطاوي (٢٣٨/٤)، حاشية ابن عابدين (٣١٦/٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٥١/٣)، بلغة السالك (٢/ ١٢٠)، أسنى المطالب (١٦٩/٢)، نهاية المحتاج (٢٧٩/٤)، حاشية قليوبي (٢/ ٢٧٥)، كشاف القناع (٣٣٣/٣)، المغني، لابن قدامة (٤٣٨/٤).

(٣) في أ: يديه.

قال: وكذلك إذا كان الرهن شيئًا [ليس][١] له حمل ولا مؤنة؛ لأن المرتهن أمين في حق العين، والأمين لا يخاطب بتسليم الأمانة في غير المصر الذي كانت الأمانة فيه.

من مشايخنا من قال: هذا الذي ذكر في الكتاب [جواب القياس][٢] يجبر المرتهن على الإحضار أولًا؛ لأن الأمكنة في حق ما لا حمل له ولا مؤنة على السواء.

ومنهم من قال: لا، بل [ما][٣] ذكر جواب القياس والاستحسان.

وفرق هذا القائل بين المبيع[٤] وبين الرهن، فإن من اشترى من آخر شيئًا له حمل ومؤنة ولقيه البائع في غير المصر الذي باعه فيه وطالبه بالثمن لم يجبر المشتري على أداء الثمن حتى يحضر البائع المبيع.

ووجه الفرق: أن في باب البيع إنما يثبت للبائع حق مطالبة المشتري بالثمن بإزاء مطالبة المشتري إياه بتسليم المبيع، وليس للمشتري أن يطالب البائع بتسليم المبيع هاهنا لعجزه عن ذلك؛ فلا يكون للبائع حق مطالبة المشتري بتسليم الثمن.

وأما في باب الرهن: حق المطالبة بتسليم الدين ليس بإزاء حق المطالبة بتسليم الرهن، ألا ترى أن حق المطالبة بتسليم الدين كان ثابتًا قبل عقد الرهن، فكان له أن يطالبه، إلا أن يتوى الرهن أو يكون بحيث يجب على المرتهن دفعه، وليس على المرتهن دفعه في غير البلد الذي هو فيه.

عبارة أخرى في الفرق: أن المبيع والثمن عوضان من كل وجه، والمعاوضة تقتضي التساوي بين العاقدين، فإذا تراخى قبض أحدهما من غير فعل العاقد وجب تراخي [قبض][٥] الآخر تحريًا للموافقة وتحقيقًا للتسوية، وليس بين الرهن والدين

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: قياس.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: البيع.
(٥) سقط في أ.

معاوضة من كل وجه على ما مر؛ فلم يكن من ضرورة تراخي قبض أحدهما تراخي [قبض][1] الآخر، هذا إذا لقيه المرتهن في غير المصر الذي فيه الرهن.

وإن لقيه في المصر الذي فيه الرهن وطالبه بالدين وأبى الراهن ذلك حتى يحضر المرتهن الرهن، والرهن جارية، يؤمر المرتهن بإحضار الجارية أولًا؛ لأن المرتهن قادر على إحضار الجارية من غير مؤنة تلزمه[2].

وفي مثل هذه الصورة: يؤمر المرتهن بإحضار الرهن في المواضع كلها، [أي: إذا كان الرهن جارية والراهن والمرتهن في مصرهما، وذلك][3] إما لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلو قبض المرتهن ماله قبل إحضاره الجارية فقد قبض مع قيام ما هو بمعنى الاستيفاء.

أو لأنه يحتمل أنه هلك في هذه المدة وصار المرتهن مستوفيًا دينه، [فلو][4] استوفى دينه قبل الإحضار حصل الاستيفاء مكررًا، لكن تركنا قضية القياس في موضع يلزم المرتهن مؤنة في إحضار الرهن، فما عداه يبقى على أصل القياس.

ثم إذا أحضر المرتهن الجارية فيقال للراهن: سلم الدين ثم اقبض الجارية، وهذا؛ لأن المرتهن عين حق الراهن فيجب على الراهن تعيين حق المرتهن أيضًا، إلا أن تعيين الدراهم والدنانير لا يقع إلا بالتسليم ليحصل التعيين.

* * *

(١) سقط في أ.
(٢) زاد في أ: إذا كان الرهن جارية والراهن والمرتهن في مصرهما.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.

الفصل التاسع
في استحقاق الرهن بعد الهلاك

رهن من آخر عبدًا، فهلك في يد المرتهن، [وهلك الرهن في يد المرتهن] ثم استحقه رجل بالبينة، كان له أن يضمن أيهما شاء، فإن ضمن الراهن ملكه بأداء الضمان سابقًا على عقد الرهن السابق فتبين أنه رهن ملك نفسه، وأن المرتهن صار مستوفيًا دينه، فلا يرجع بالدين على الراهن.

[وإن ضمن المرتهن، رجع بما ضمن على الراهن بقيمة الرهن؛ لأن المرتهن](١) في قبض الرهن عامل للراهن، فكان له الرجوع بما غرم كما يرجع المستأجر على الآجر والمودع على المودع، ويرجع بالدين عليه أيضًا.

وكان ينبغي ألا يرجع على الراهن بالدين؛ لأن قرار الضمان على الراهن، فصار تضمين(٢) المرتهن، وقرار الضمان على الراهن بمنزلة تضمين الراهن، ولو ضمن الراهن، لا يرجع المرتهن بدينه، فهاهنا يجب أن يكون كذلك.

والجواب: أنه إذا ضمن الراهن، فالراهن يملك المرهون من جهة المستحق سابقًا على عقد الرهن وتبين أنه رهن ملك نفسه فصح الرهن وصار المرتهن بالهلاك مستوفيًا دينه، فلا يرجع بعد ذلك بالدين على الراهن.

أما إذا ضمن المرتهن، فالراهن لا يملك [من جهة المستحق إلا بملكه من جهة المرتهن؛ لأن المرتهن غاصب في حق المستحق فلا بد وأن يملكه](٣) من جهة المستحق بأداء الضمان، ولكن من حيث إن قرار الضمان على الراهن ينتقل الملك من المرتهن إلى الراهن.

والمرتهن إنما صار ضامنًا من وقت قبضه بحكم [الرهن](٤)، فيملكه الراهن بعد

---

(١) في أ: و.
(٢) في أ: يضمن.
(٣) في أ: يضمن.
(٤) سقط في أ.

عقد الرهن، فالرهن لم يقع على ملك الراهن في هذه الصورة فلم يصح ولم يصر المرتهن مستوفيًا [دينه][(١)]، فكان له الرجوع بدينه على الراهن[(٢)].

* * *

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: المرتهن.

الفصل العاشر

في الراهن الذي يكون له أن يقبض البعض دون البعض

الأصل في هذا الفصل أن من رهن عددًا من الأعيان عند رجل وقبضها المرتهن، ثم إن الراهن قضى بعض الدين فأراد أن يقبض بعض الرهن ينظر: إن لم يبين حصة كل عين من الدين، لم يكن له ذلك.

وإن بين حصة كل عين من الدين ذكر في الزيادات [أن له ذلك، وذكر في كتاب الرهن أنه ليس له ذلك.

قيل: ما ذكر في كتاب الأصل قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - وما ذكر في الزيادات][(١)] قول محمد - رحمه الله -.

وقيل: في المسألة روايتان، وهو الأصح، وذكر ابن سماعة عن محمد في النوادر بمثل ما أجاب به في كتاب الرهن.

أما إذا لم يبين حصة كل عين من الدين إنما لم يكن له ذلك باعتبار أن الصفقة متحدة من كل وجه، فإذا قضى بعض الدين و[(٢)] قبض بعض الرهن، فقد فرق الصفقة على صاحبه.

والفقه في ذلك: أن المقصود من الرهن إضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين، وهذا المقصود يفوت إذا تمكن من استرداد ما يحتاج إليه قبل قضاء جميع الدين بهذا الطريق.

قلنا: المشتري إن أراد أن يؤدي بعض الثمن ويقبض المبيع، لم يكن له ذلك.

وإذا بين حصة كل عين [من الدين][(٣)]، فالمسألة على روايتين: وجه ما ذكر في كتاب الرهن أن الصفقة متحدة؛ لأن قوام الصفقة بالإيجاب والقبول، وقد اتحد

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: أو.
(٣) سقط في أ.

الإيجاب والقبول، وإنما تفرقت التسمية لا غير، وتفريق التسمية مع اتحاد الإيجاب والقبول لا يوجب تفريق الصفقة.

ألا ترى أن تفريق التسمية[(١)] في باب البيع مع اتحاد الإيجاب والقبول لم يوجب تفريق الصفقة حتى لم يكن للمشتري أن ينقد بعض الثمن ويقبض بعض المبيع.

ووجه ما ذكر هاهنا: أن العقد يعرف بحكمه؛ إذ هو المقصود وحكمه يقوم بمحله فيتحد باتحاد المحل، ويتعدد [بتعدد][(٢)] المحل هذا هو الأصل، إلا إذا تعذر القول بالتعدد.

أما إذا لم يبين حصة كل عين من الدين تعذر القول بالتعدد؛ [لأنه لو تعدد صار البدل في كل عقد مجهولاً وجهالة البدل توجب فساد العقد][(٣)].

فإذا بين حصة كل عين من الدين، فقد ارتفع هذا التعدد فبقي على قضية الأصل، وهكذا نقول في البيع إنه يتعدد بتعدد المبيع، إلا أنه ليس للمشتري أن يقبل البيع في البعض دون البعض لا لاتحاد البيع، ولكن جرت فيما بين التجار بضم الرديء إلى الجيد ترويجًا للرديء مع تفصيل الثمن، فلو جاز له قبول البيع في البعض لقبل العقد في الجيد ويترك في الرديء على البائع فيتضرر به البائع.

فأما في باب الرهن فضم الرديء إلى الجيد ليس بمعتاد ولو كان معتادًا إلا أنه ليس في قبول العقد في الجيد دون الرديء إضرار بالراهن؛ لأن الجيد لا يزول عن ملكه حتى يبقى له الرديء لا غير، ولا تصير حصة الرديء [بمقابلة][(٤)] ما سمى من الدين إذا كانت قيمته أقل مما سمى فيبقى على قضية الدليل.

استشهد محمد - رحمه الله - في الزيادات بمسائل أن تفريق التسمية توجب اختلاف الرهن فمنها:

---

(١) في أ: الصفقة.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.

أنه إذا سمى لأحد العبدين ألف درهم وللآخر مائة دينار فنقد ما بإزاء أحدهما من المال ملك قبضه.

ومنها: أن من رهن عبدًا بألف درهم يجوز، فيصير ثلثه رهنًا بثلث الألف ونصفه رهنًا بنصف الألف، ولو صرح به فقال: رهنت منك ثلث هذا العبد بكذا ونصفه بكذا، لا يجوز؛ لأن الرهن قد اختلف وعند اختلاف الرهن يتمكن الشيوع.

ومنها: أن من رهن عبدًا نصفه بخمسمائة درهم ونصفه بخمسين دينارًا لا يجوز؛ لما قلنا ولو لم تكن الصفقة متفرقة، لجاز.

قال مشايخنا - رحمهم الله -: هذه المسائل كلها ممنوعة على رواية كتاب الرهن.

واستدل في الكتاب أيضًا لبيان الفرق بين البيع والرهن بمسائل منها:

إذا رهن من آخر جارية بألف درهم، ثم قال للمرتهن: زدتك في خمسمائة من المال هذا الغلام رهنًا فقبضه، ثم إن الراهن قضاه خمسمائة وقال: هذه الخمسمائة التي زدتك فيها الغلام، كان للراهن أن يقبض الغلام، ولو كان هذا في البيع بأن اشترى جارية بألف درهم فلم يقبضها حتى زاده البائع في خمسمائة من الثمن غلامًا فنقد المشتري خمسمائة من الثمن، وقال: هذه الخمسمائة التي زدتني فيها هذا الغلام وأراد أن يقبض الغلام قبل أن يعطي بقية الثمن، ليس له ذلك.

استدل بهذا البيان [على][(١)] أن الرهن يفترق بافتراق البدل والبيع لا يفترق.

قال مشايخنا - رحمهم الله - هذه المسألة ممنوعة على رواية كتاب الرهن، وليس للراهن أن يقبض الغلام.

ومنها: أن من رهن من آخر جاريتين بألف كل واحدة منهما بخمسمائة وقبض[(٢)] المرتهن، ثم إن الراهن قضى المرتهن خمسمائة وقال: هذه الخمسمائة التي في هذه

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: وقبضها.

الجارية خاصة، ثم إن الراهن قال للمرتهن: زدتك مع هذه الجارية التي قضيتك الدين منها هذا الغلام رهنًا، كانت الزيادة في الاعتبار.

ولو كان هذا في البيع بأن باع جاريتين بألف درهم كل واحدة منهما بخمسمائة ثم إن المشتري قضى ثمن إحدى الجاريتين ورضي البائع، ثم زاد البائع غلامًا على تلك الجارية التي قبض ثمنها كان صحيحًا.

قال مشايخنا - رحمهم الله -: وهذه المسألة ممنوعة على رواية كتاب الرهن، وينبغي أن تصح الزيادة.

* * *

الفصل الحادي عشر

في الرهن الفاسد إذا أراد الراهن استرداده بحكم الفساد بعدما نقض الرهن وفي الراهن يموت وعليه ديون كثيرة

ولو أن رجلاً أخذ من رجل رهنًا فاسدًا بأن كان الرهن في مشاع، على أن يقرضه ألف درهم وتقابضا واستهلك الراهن الدراهم، ثم إن الراهن نقض الرهن بحكم الفساد، وأراد استرداد الرهن، فليس له ذلك حتى ينقد المال؛ لأن المرتهن استفاد البدل في العين بالدراهم التي أداها ليتوصل إليها بحبس الرهن، فكان له حق الحبس إلى أن تصل إليه الدراهم كما في الرهن الجائز.

فإن هلك الرهن في يد المرتهن يهلك مضمونًا بالأقل من قيمته، ومن الدين؛ لأن هلاك الرهن قبل التسليم إلى الراهن ينتقض بالقبض ويعود الرهن بحكمه ومن حكم عقد الرهن أنه إذا هلك المرهون في يد المرتهن يهلك مضمونًا بالأقل من قيمته ومن الدين، هذا هو الحكم في الرهن الجائز والفاسد جميعًا.

وهذا؛ لأن قبض الرهن قبض بجهة الاستيفاء، ولو استوفى أقل من الدين حقيقة، كان ذلك القدر مضمونًا عليه ويبقى الباقي من الدين على المديون على حاله.

ولو استوفى أكثر من الدين، كان المضمون قدر الدين وما زاد على ذلك يكون أمانة؛ لأنه أخذه بإزاء المال، فإذا كان الحكم في حقيقة الاستيفاء هكذا فكذا في جهة الاستيفاء، فلهذا استوى الجائز والفاسد في حق هذا الحكم وهو كون المرهون مضمونًا بالأقل من قيمته ومن الدين.

والرهن يخالف البيع، فإن المبيع في البيع الفاسد مضمون بالقيمة، وفي الصحيح مضمون بالمسمى.

والوجه في ذلك: أن البدل الأصلي للأشياء القيمة؛ لأنها هي العدل والمسمى قيمة اصطلاحية، صير إليها عند صحة التسمية صيانة للعقد عن الفساد بإيجاب القيمة

التي هي مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة.

ففي الجائز منه الصيانة تحصل بالعدول عن البدل الأصلي فعدلنا عنه، وفي الفاسد منه الصيانة لا تحصل، فإن عدلنا عن البدل الأصلي فلا نعدل عنه؛ لعدم الموجب للعدول عنه للصيانة، فلعدم(١) الموجب للعدول عن البدل الأصلي فلا يعدل عنه.

أما الرهن فعينه أمانة، وإنما الضمان فيه باعتبار يد الاستيفاء، وذلك بقدر الدين خاصة وفي هذا: الرهن الجائز والفاسد سواء.

فإن مات الراهن وعليه ديون كثيرة كان المرتهن أحق بالرهن من غرماء الراهن؛ لأنه كان أحق به من الراهن حال حياته، فيكون أحق به من غرمائه، ألا ترى أن [في الرهن](٢) الجائز المرتهن يكون أحق بالرهن من غرماء الراهن بعد وفاته، وطريقه ما قلنا.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - أنه ليس للمرتهن حق [حبس](٣) المرهون في الرهن الفاسد؛ لأنه إصرار على المعصية، ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح؛ لأن الراهن لما نقض فقد ارتفعت المعصية، وحبس المرتهن الرهن مدة ليصل إلى حقه لا يكون منه إضرار؛ لأن الراهن يجبر ليسلم ما قبض من الدين ويأخذ الرهن، فإذا امتنع عن التسليم فهو المقرر للمعصية دون المرتهن، ألا ترى أن في الشراء الفاسد أثبتنا للمشتري حق الحبس إلى أن يستوفي الثمن، ولم يكن ذلك إصرارا على المعصية.

ولو كان الرهن الفاسد بدين سابق على الرهن وسلمه، ثم أراد الراهن أن يسترده كان له ذلك؛ لأن المرتهن ما أدى بمقابلة الرهن شيئًا ليثبت له حق الحبس بالمؤدى، ولم يتعلق الرهن بالدين أيضًا لفساد العقد حتى تثبت المقابلة بين الرد وبين ذلك

---

(١) في أ: فالعدم.
(٢) في أ: الراهن في.
(٣) سقط في أ.

الدين فكيف يثبت له حق الحبس.

بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك المرتهن أعطى مالًا بمقابلة الرهن حقيقة، وبخلاف الرهن الصحيح؛ لأنه تعلق بذلك الدين المسمى فتحققت المقابلة بين الرهن وبين ذلك الدين حكمًا.

ولو كان رهنه مدبرًا أو أم ولد أو شيئًا لا يكون رهنًا، كان للراهن حق أخذ الرهن قبل نقد المال سواء كان الرهن بدين سابق أو بدين لاحق؛ لأن رهن هذه الأشياء باطل، وليس بمنعقد أصلاً؛ لأن عقد الرهن عقد استيفاء فيكون محله ما يمكن[(١)] استيفاء الحق منه، والمدبر وأم الولد ليسا بمحل الاستيفاء لهذا الحق فلا يكونان محلين لعقد الرهن، والتصرف في غير محله لا ينعقد أصلاً.

وأما الشائع محل استيفاء هذا الحق فيكون محلاً للرهن، وإنما جاء الفساد من ناحية أخرى فكان الرهن مصادفًا محله فانعقد مفيدًا لحكمه فالتحق بالجائز؛ فلهذا افترقا.

❊ ❊ ❊

(١) في أ: يتمكن.

الفصل الثاني عشر
في رهن الأب والوصي

للأب والوصي إيفاء دينهما من مال الصغير حكمًا بالبيع عندهما حتى إنهما لو باعا مال اليتيم من رب دينهما بمثل ما عليهما من الدين يجوز، وتقع المقاصة بين ما كان للمشتري عليهما من الدين وبين ما وجب للصبي على المشتري.

وعند أبي يوسف - رحمه الله - لا يملكان ذلك ولا تقع المقاصة، فكذا الإيفاء بالرهن.

وأجمعوا على أنهما لو أرادا إيفاء دينهما على الحقيقة من مال الصغير أنهما لا يملكان ذلك، فإذا صح الرهن بدينهما وهلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه، ويضمنان الأب والوصي للصغير قيمة الرهن إذا كانت القيمة مثل الدين، وإذا كانت القيمة أكثر من الدين يضمنان[١] مقدار الدين ولا يضمنان[٢] الزيادة؛ لأنهما[٣] فيما زاد مودعا[٤] مال الصغير ولهما هذه الولاية.

وإذا كان على الميت دين، وله وصي، فرهن بعض مال الميت من بعض غرمائه، لا يجوز، وكان لباقي الغرماء نقضه؛ لما ذكرنا أن الرهن إيفاء حكمي، ولو آثر بعض الغرماء بالإيفاء الحقيقي لا يجوز، فكذا إذا آثره بالإيفاء الحكمي.

وإذا رهن الوصي خادمًا لليتيم من نفسه بدين له على اليتيم، أو رهن خادمًا لنفسه من اليتيم، لم يجز[٥].

---

(١) في أ: يضمن.
(٢) في أ: يضمن.
(٣) في أ: لأنه.
(٤) في أ: مودع.
(٥) اختلف الفقهاء في جواز رهن الوصي مال الصغير بدين على الصغير:
ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أنه لا يجوز للوصي رهن مال اليتيم بدين عليه، إلا أن يكون في ذلك مصلحة لليتيم، ويكون عند ثقة.

=

ولو رهن الأب متاع نفسه من ابنه الصغير، أو ارتهن متاع الصغير بدين له على الصغير يجوز.

* * *

= وذهب الحنفية إلى أن للوصي أن يرهن مال الصغير عند الأجنبي بتجارة باشرها، أو رهن لليتيم بدين لزمه بالتجارة؛ لأن للوصي التجارة بمال الصغير تثميرا له، والرهن من توابع التجارة، فيملكه إيفاء واستيفاء، وزادوا: لو رهن الوصي مال الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير، جاز؛ لاشتماله على أمرين جائزين. واختلف الفقهاء في جواز رهن الوصي مال الصغير بدين للوصي على الصغير:

ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة إلى أنه ليس للوصي أن يرهن مال الصغير بدين له على الصغير؛ لأن الرهن إيفاء حكما، فلا يملكه الوصي كالإيفاء حقيقة؛ ولأن الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن، كما لا يتولى طرفي العقد في البيع؛ ولأن الوصي متهم في رهنه مال الصغير بدين لنفسه، فلا يجوز له ذلك.

وذهب الحنابلة في إحدى الروايتين إلى أنه يجوز ذلك للوصي.

ينظر: تبيين الحقائق (٦/ ٧٣)، وتكملة البحر الرائق (٨/ ٢٨١)، والهداية وشروحها (٩/ ٩٠)، ومواهب الجليل (٥/ ٤١٩)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٣٢)، وأسنى المطالب (٢/ ١٥٥)، وروضة الطالبين (٤/ ٦٣)، والمهذب (١/ ٣٣٠)، ومغني المحتاج (٢/ ١٢٢)، وكشاف القناع (٣/ ٣٢٢)، والمغني، لابن قدامة (٤/ ٣٩٧)، الإنصاف (٥/ ٣٣).

الفصل الثالث عشر
في الرجل يستعير من آخر شيئًا ليرهنه بدينه

استعار من آخر ثوبًا ليرهنه بدينه، فهو جائز إذا رهنه بدينه بأي شيء كان وأي قدر كان؛ لأن الإعارة حصلت مطلقة، فهو بمنزلة الإعارة للانتفاع مطلقًا.

ولو سمى له شيئًا فرهنه بأقل من ذلك أو أكثر، فالمسألة على ثلاثة أوجه:

[الوجه الأول](١): إذا كان قيمة الثوب مثل الدين المسمى بأن كان قيمة الثوب المستعار عشرة والدين عشرة ففي هذا الوجه، إذا رهن بأقل من العشرة أو بأكثر من العشرة يصير ضامنًا للثوب.

[الوجه](٢) **الثاني**: أن تكون قيمة الثوب أكثر من الدين المسمى بأن كان قيمة الثوب اثني عشر والدين المسمى عشرة وفي هذا الوجه إذا رهن بأكثر من الدين المسمى، أو بأقل من قيمة الثوب.

الثالث: أن يكون قيمة الثوب تسعة والدين عشرة وفي هذا الوجه: إن زاد على المسمى يضمن(٣) قيمة الثوب وإن نقص، فإن كان النقصان إلى تمام القيمة بأن رهن بتسعة، لا يضمن شيئًا، وإن كان النقصان أقل من ذلك بأن رهن بثمانية، يضمن قيمة الثوب.

وإن أعاره ليرهنه لرجل بشيء سماه، فرهن بجنس آخر أو أعاره ليرهنه من رجل فرهنه من رجل آخر، فهو ضامن.

والحاصل: أن ما كان مفيدًا من التقييد يجب اعتباره، وفي كل موضع لم يصر المستعير مخالفًا وهلك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير على المستعير بقدر ما صار المرتهن مستوفيًا له من دينه؛ لأن رجوع المعير على المستعير بعلة أنه قضى دينه

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في أ: نصف.

من ماله بأمره فإنما يرجع بقدر ما حصل القضاء.

وإن لم يكن الرهن قد هلك، ولكن أصابه عيب، ذهب من الدين بحسابه ووجب لرب الثوب مثله على الراهن؛ لأن النقصان حصل بذلك القدر.

استعار من آخر ثوبًا ليرهنه بدينه، فاستعمله قبل أن يرهنه، ثم رهنه برئ عن الضمان؛ لأنه أمين عاد إلى الوفاق، فدلت المسألة على أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - أن المستعير لا يبرأ بالعودة إلى الوفاق، وإنما يبرأ المستعير هنا بالرهن والتسليم إلى المرتهن، فإن يد المرتهن هاهنا من حيث المعنى كيد المعير حيث تحقق مقصوده فكان ذلك بمنزلة الرد على المالك حكمًا، فيبرأ بهذا لا بالعود إلى الوفاق، فإن افتكه ثم استعمله، فهو ضامن، ولو ترك الاستعمال ثم هلك بآفة أخرى، لا ضمان عليه.

قال شمس الأئمة: هذا؛ لأنه بعد الفكاك مودع، والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق، وأشار شيخ الإسلام - رحمه الله - في تعليل هذه المسألة إلى أنه مستعير وإبراؤه بالعود إلى الوفاق.

وفي المنتقى: استعار من آخر ثوبًا ليرهنه بدينه، فرهنه بمائة درهم إلى سنة، ثم إن صاحب الثوب أخذ المستعير بثوبه ليرده عليه فله ذلك، فإن كان أعلمه أنه يرهنه إلى سنة، فإن افتكه رب الثوب من ماله لم يكن متطوعًا، ورجع به على الراهن.

وإن كان الراهن غائبًا وصدق المرتهن رب الثوب أنه ثوبه، فإنه يدفعه إليه، ويأخذ دينه، ولم يكن رب الثوب متطوعًا، وإن قال المرتهن: لا علم لي أنه ثوبك، لم يكن له على الثوب سبيل.

وفي فتاوى أبي الليث: أعار رجلاً شيئًا ليرهنه، وله حمل ومؤنة فرهنه، يجب رده على المعير؛ لأن للمعير فيه منفعة؛ لأنه لو هلك ضمن المستعير، فصار كالإجارة.

ألا ترى أنه لو دفع إليه شيئًا ليبيعه بأكرار حنطة، فحمله على الآمر كذا هذا وفي هذا نظر؛ لأن رد العارية على المستعير وهذه من جملة العواري وما ذكر من الضمان، فليس بمنفعة للمعير؛ لأنه إنما استحق على المستعير قدر الدين دون الرهن، وضمان [المائة درهم](١) بمقابلة عين قيمته مائة درهم لا يعد منفعة، كيف وإن هذه المنفعة لا تجامع الرد، فلا تعتبر في إيجاب مؤنة الرد على المعير.

بخلاف الإجارة؛ لأن منفعته تعود إلى الآجر حيث يأخذ العين بإزاء المنفعة، والعين خير من المنفعة، وكذا هذه المنفعة تحصل له باعتبار سلامة العين، فجاز أن يعتبر في إيجاب مؤنة الرد عليه أخذا بقوله عليه الصلاة والسلام: «له غنمه وعليه غرمه».

* * *

(١) في أ: المعير.

الفصل الرابع عشر
في المتفرقات

وفي العيون: رجل تزوج امرأة على ألف درهم، فرهنها جرابًا هرويًّا يساوي ألف درهم، ثم طلقها قبل الدخول بها، فهلك الرهن يهلك بألف عند زفر - رحمه الله.

ولو لم يكن سمى لها مهرًا، فهلك الرهن، فعليها مهر المثل وعلى الزوج المتعة عند زفر، وقال أبو يوسف: يهلك الرهن بما بقي، كذا ذكر هاهنا.

وذكر في نكاح الأصل: إذا أخذت المرأة بصداقها رهنًا قيمته مثل الصداق، فهلك [الرهن][1] عندها فهو بما فيه، فإن طلقها قبل الدخول بها ضمنها نصف الصداق، كما لو استوفت جميع الصداق حقيقة.

وإن هلك الرهن بعد الطلاق، فلا ضمان عليها في ذلك؛ لأن نصف الصداق سقط بالطلاق من غير عوض عوضه.

ولو سقط الكل بإبرائها، خرج الرهن من أن يكون كله مضمونًا، فكذا إذا سقط النصف قائمًا يبقى ضمان الرهن بما بقي، وعند هلاكه إنما صارت مستوفية بما بقي، فلهذا لم يعوضها شيئًا، بخلاف ما تقدم؛ لأن ثمة هلك الرهن، وجميع الصداق كان واجبًا، فصارت بهلاكه مستوفية الكل، فبالطلاق لزمها رد النصف.

ولو لم يكن في النكاح تسمية، فرهن عندها[2] بمهر المثل فهلك الرهن وفي قيمته وفاء بمهر المثل، صارت مستوفية.

فإن طلقها قبل الدخول بها، فعليها رد ما زاد على قدر المتعة؛ لأن المتعة هنا كنصف المسمى هناك.

وإن طلقها قبل الدخول بها والرهن قائم، فليس لها أن تحبس الرهن بالمتعة في قول أبي يوسف - رحمه الله - الآخر، وهو القياس وعلى قوله الأول، وهو قول

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: عندهما.

محمد - رحمه الله - وهو استحسان[١] لها أن تحبس.

والحاصل: أن الرهن بمهر المثل رهن بالمتعة، وفي الاستحسان وهو قول أبي يوسف أولًا وبه أخذ محمد - رحمهما الله.

وفي القياس، وهو قول أبي يوسف الأخير لا يكون رهنًا بالمتعة وهذه من المسائل التي رجع فيها أبو يوسف من الاستحسان إلى القياس، وحقها باب المهور من نكاح الأصل.

ولو استقرض دراهم، وسلم حماره إلى المقرض ليستعمله إلى شهرين حتى يوفيه دراهمه، أو داره ليسكنها، فهو بمنزلة الإجارة الفاسدة، إن استعمله فعليه أجر مثله، ولا يكون رهنًا.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - رجل أتى المدينة ونزل خانًا، فقال له صاحب الخان: لا أدعك تنزل هاهنا ما لم تعط شيئًا، فدفع إليه ثيابه، فهلك عنده.

إن رهنها من قبل الإجارة، فالرهن بما فيه، وإن أخذها منه؛ لأنه ظنه سارقًا فخشي منه يضمن صاحب الخان، كذا قال عصام بن[٢] أبي يوسف - رحمه الله.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: عندي أنه لا يضمن؛ لأنه لم يكن مكرهًا في الدفع إليه.

رجل عليه ألف درهم لآخر وبها كفيل، فأخذ الطالب من الأصيل رهنًا، وأعطاه الكفيل أيضًا رهنًا، قال زفر - رحمه الله -: أيهما هلك، [هلك][٣] بالدين كله.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: إذا هلك الثاني فإن علم راهنه بالرهن الأول حين رهنه، هلك بالنصف، وإن لم يعلم هلك بجميع الدين.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: ذكر في آخر كتاب الرهن أنه يهلك

---

(١) في أ: المستجاب.
(٢) في أ: عن.
(٣) سقط في أ.

بالنصف، ولم يشترط العلم، فاحتمل أن هذا تفسير لذلك، واحتمل في رواية كتاب الرهن يستوي العلم والجهل، فيكون في المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: ما قال زفر - رحمه الله -.

والثاني: ما قال أبو يوسف - رحمه الله -.

والثالث: رواية كتاب الرهن.

وجه قول زفر - رحمه الله - أن كل واحد منهما لم يرض بالرهن في متاعه إلا بجميع الدين، ولكل واحد منهما غرض صحيح، فغرض الكفيل أن يرجع عند هلاك رهنه بكل الدين على الأصيل، وغرض الأصيل ألا يرجع الكفيل عليه بشيء على تقدير هلاك رهن الأصيل.

وأبو يوسف - رحمه الله - يقول: الأمر كذلك إذا لم يعلم الثاني بالرهن الأول، أما إذا علم(١) به فقد رضي بأن يكون رهنه زيادة في الرهن الأول.

وجه رواية كتاب الرهن: أن كل واحد منهما يطالب بجميع المال [فكانا](٢) كشخص واحد في إيفاء هذا الدين، فيجعل الرهن من الثاني زيادة في الرهن الأول، فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما وقيمة الرهنين سواء،. فأيهما هلك، هلك بنصف الدين.

وعن محمد - رحمه الله - فيمن له على آخر ألف درهم فرهنه أجنبي بها عبدًا بغير إذن المديون [ثم جاء رجل آخر ورهن بها عبدًا بغير أمر المطلوب](٣) جاز، فالأول رهن بالألف والآخر بخمسمائة.

ولو أن المديون رهن متاعه بالدين الذي عليه وتبرع أجنبي فرهن متاعًا آخر، فعن محمد - رحمه الله - فيمن له على آخر ألف درهم أن رهن المديون لو هلك، هلك

(١) في أ: لم يعلم.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

بجميع الدين، ورهن المتبرع لو هلك، هلك بنصف المال؛ لأن رهن المديون صار مضمونًا بجميع الدين فلا يملك المتبرع غير موجب عقده عليه؛ لأن[١] رهن المتبرع زيادة في رهن المديون فيكون بنصف الدين.

وفي العيون: يضمن بالغصب، وإذا كان رهنًا يذهب من الدين بحسابه وما لا فلا.

بيانه: إذا غصب[٢] غلامًا شابًا فشاخ، يضمن النقصان، فكذا في الرهن يذهب من الدين بحسابه.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا كان بالدين رهن وكفيل بإذن المديون، فقضى الكفيل الدين، ثم هلك الرهن عند المرتهن، يرجع الكفيل على المطلوب دون الطالب؛ لأن الكفيل بمنزلة الرسول من المطلوب، لكن المطلوب هو الذي يرجع على الطالب.

وكذا من باع شيئًا وأخذ بالثمن كفيلاً بإذن المشتري، فأدى الكفيل ثم هلك المبيع قبل القبض، لا سبيل للكفيل على البائع، لكن المخاصمة مع البائع للمشتري لما ذكرناه.

وفي العيون: رهن أمة ذات زوج، جاز، وللزوج أن يغشاها وليس للمرتهن أن يحول بينه وبين ذلك، وليس هذا من الحقوق التي تفسد الرهن، فإن ماتت من وطء الزوج، سقط الدين كما لو ماتت من المرض وهذا استحسان.

وفي القياس: يهلك من مال الراهن؛ لأن الراهن هو الذي سلطه فكأنه[٣] هو الذي وطئها.

وجه الاستحسان: أنه لم يوجد من الراهن بعد عقد الرهن ما يصير به متلفًا مباشرة

(١) في أ: وأما.
(٢) في أ: رهن.
(٣) في أ: فكان.

أو تسببا[١]، وحين قبل المرتهن الرهن مع علمه[٢] أنها منكوحة فقد رضي بهذه على هذه الصفة، فأكثر ما فيه أنه لم يرض بوطء الزوج إياها لكن لا معتبر برضاه بذلك؛ لأن حق الزوج كان سابقًا على حقه.

فالمسألة في الباب الأخير من رهن الأصل.

قال أبو يوسف - رحمه الله - فكذا لو رهن جارية لا زوج لها فزوجها الراهن برضى المرتهن، فالجواب كذلك.

ولو زوجها بغير رضاه، فالنكاح جائز، لكن المرتهن أن يمنعه من غشيانها كما يمنع المولى لو لم يكن لها زوج.

بخلاف ما لو كانت ذات زوج وقت الرهن حيث لا يكون للمرتهن منعه[٣]؛ لأن هناك حق المرتهن ما يثبت[٤] في البضع لتعلق حق الزوج به سابقًا على الرهن.

أما هاهنا لم يكن لغير الراهن حق في بضعها وقت الرهن فتعلق به حق المرتهن كما تعلق بجميعها[٥] وإن لم يغشها لم يكن المهر رهنًا.

وإن ماتت من غشيانها فإن شاء المرتهن ضمن الراهن وإن شاء ضمن الزوج، ثم يرجع الزوج على المولى إن كتمه؛ لأنه غره، وإن لم يكتمه لم يرجع؛ لانعدام الغرور.

رجل رهن عند رجل خاتمًا فأمسكه المرتهن، ثم رهن من آخر، فهلك في يد الثاني، فالجواب فيه[٦] على التفصيل:

إن كان الأول استعمله على وجه صار غاصبًا فالمالك في التضمين بالخيار؛ لأنه حينئذ يصير الثاني مودع الغاصب، وإن كان الأول لم يستعمله أصلاً فالضمان على

(١) في أ: تسببيا.
(٢) في أ: علمنا.
(٣) في أ: منع.
(٤) في أ: ثبت.
(٥) في أ: بنصفها.
(٦) في أ: أنه.

الأول دون الثاني في قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - ؛ لأن الثاني مودع المودع هكذا ذكر في بعض المواضع.

وذكر هذه المسألة في شرح الطحاوي مطلقة من غير تفصيل، فقال: لو رهن المرتهن من غيره بغير إذن الراهن وهلك في يد الثاني، فالراهن الأول بالخيار، إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني.

أخذ الرهن من الكفيل يصح، مذكور في كتاب الرهن في باب رهن المضارب والشريك، والارتهان من الفضولي لا يصح في هذا الباب أيضًا.

السلطان إذا أخذ الخراج أو العشر من المرتهن لا يرجع المرتهن على الراهن، فيكون متبرعًا؛ لأنه مظلوم فلا يكون له ولاية الظلم على غيره في باب رهن الأرض وغيره من كتاب الرهن.

وذكر في كتاب الرهن في باب العارية: استعار جارية [ليرهنها](١) فرهنها، ثم وطئها الراهن أو المرتهن [فإنه يدرأ الحد عنهما](٢)، هكذا ذكر في كتاب الرهن وذكر في كتاب الحدود، وقال: يجب الحد على المرتهن إلا أن يدعي الشبهة.

ورواية كتاب الرهن محمولة على هذا أيضًا؛ لأنه لا اختصاص للمرتهن في ذلك، إلا حبس وإمساك فصار كالمطلقة ثلاثًا، وثمة لو ادعى [الشبهة](٣)، سقط الحد، وإن لم يدع لا، والجامع بينهما أن المحل محل الاشتباه، فصح دعوى الشبهة منه، والحكم في الراهن كالحكم في المرتهن.

وذكر فيه أيضًا: أنه يجب المهر على الواطئ(٤) فيكون رهنًا معها، ثم جعل المهر رهنًا، [ولم يجعل](٥) الكسب رهنًا.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: يدرأ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: الراهن.
(٥) في أ: وجعل.

والفرق: أن المهر بدل منفعة البضع، ومنفعة البضع ملحقة بالأجزاء شرعًا تعظيمًا لها، والأجزاء داخل تحت حكم الرهن فكذا بدلها(١). بخلاف الكسب؛ لأن ذلك بدل المنفعة حقيقة فلم يلتحق بالأجزاء شرعًا، والمنافع لا تدخل تحت حكم الرهن، فكذا بدلها(٢).

ذكر في باب رهن الأرض: أن من رهن أرضًا فيها شجر يدخل الشجر في الرهن كما يدخل في البيع، ويدخل ثمر(٣) الشجر من غير ذكر [في](٤) الرهن، بخلاف البيع. وكذلك الزرع يدخل.

وسقي الشجر يكون على الراهن؛ لأن ذلك من جملة النفقة.

ولو أنفق المرتهن كان متطوعًا؛ لأنه قضى حقًا عن(٥) غيره لا بأمره، وليس للمرتهن أن يبيع ثمرة الرهن وإن خاف عليها الفساد؛ لأن له ولاية الحبس لا ولاية البيع، ولا ضرورة فيه، لإمكان رفعه إلى القاضي حتى لو كان في موضع لا يمكنه الرفع إلى القاضي، ولو(٦) كان بحال يفسد قبل أن يرفع، جاز له أن يبيعه، ذكره شيخ الإسلام على الأسبيجابي - رحمه الله - في شرح كتاب الرهن.

وليس للراهن أن يزرع الأرض المرهونة ولا يؤاجرها، وكذلك المرتهن؛ لأن كل واحد منهما منهي عن الانتفاع بالرهن.

الراهن إذا باع المرهون وسلم، فللمرتهن الخيار: إن شاء ضمن الراهن، وإن شاء ضمن المشتري، وإن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن في آخر بيوع الجامع الصغير في باب المأذون، وهذا إشارة إلى أن البيع من الراهن موقوف.

---

(١) في أ: بدله.
(٢) في أ: بدله.
(٣) في أ: ثمن.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: على.
(٦) في أ: أو.

إذا رهن الكافر من الكافر خمرًا ووضعها على يدي مسلم وقبضها المسلم، صح الرهن، لكن تنزع من يد المسلم وتوضع في يد كافر عدل، في كتاب الرهن [في باب رهن أهل الكفر.

اشتراط الخيار للراهن في الرهن ثلاثة أيام يجوز كالبيع، ولا معنى لاشتراطه للمرتهن، مذكور في كتاب الرهن في باب رهن المكاتب والعبد في آخره][١].

❊ ❊ ❊

(١) سقط في أ.

كتاب المضاربة[1]

هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلاً:

الفصل الأول: في بيان شرائطها وحكمها.

الثاني: في بيان الشروط التي تبطل المضاربة والتي لا تبطلها.

الثالث: في بيان ما يكون مضاربة بغير لفظها.

---

(١) المضاربة والقراض لفظان مترادفان، إلَّا أنَّ المضاربةَ: لغةُ أهل العراق، والقراضَ: لُغَةُ أهل الحجاز، والمضاربة لغة: مفاعلة من ضرب في الأرض: إذا سار فيها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [سورة المزمل: ٢٠].

ينظر: لسان العرب (٤/٢٥٦٦).

والمضاربة اصطلاحًا: عرفها الحنفية بأنها-: عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب.

وعرفها المالكية بأنها: توكيل على تجرٍ في نقدٍ مضروبٍ مُسَلم بجزء من ربحه.

وعرفها الشافعية بأنها: أن يدفع رجل إلى آخر مالًا ليتجر فيه والربح مشترك.

وعرفها الحنابلة بأنها: دفع مال معلوم أو ما في معناه لمن يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه.

اشتملت هذه التعاريف على ثلاثة أمور:

الأول: اشتراك شخصين فأكثر بالمال من جانب، والعمل من جانب آخر.

الثاني: تصرف العامل في المال للاتجار.

الثالث: الربح يكون بينهما.

وقد كان عقد المضاربة مشهورًا عند العرب شائعًا في قريش؛ حيث كان أهل مكة يقدمون مالهم مضاربة لمن يتجر به؛ كما أنه كان لقريش رحلتان تجاريتان؛ هما رحلتا الشتاء والصيف، وقد أشار القرآن الكريم إلى ذلك في قوله تعالى: ﴿لِإِيلَٰفِ قُرَيْشٍ ۝١ إِۦلَٰفِهِمْ رِحْلَةَ ٱلشِّتَآءِ وَٱلصَّيْفِ ۝٢﴾. والأصل فيها قوله تعالي: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا۟ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨]، أي: ليس عليكم حرج في أن تطلبوا زيادة من ربكم، وهي الربح. والآية شاملة للقراض والتجارة جميعا.

ينظر: مجمع الأنهر (٢/٣٢١)، وحاشية ابن عابدين (٤/٤٨٣)، وأسهل المدارك (٢/٣٤٩)، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، للخطيب الشربيني (٢/٢٥٩)، والمغني، لابن قدامة (٥/٥٢)، والإشراف في منازل الأشراف، لأبي بكر ابن أبي الدنيا القرشي البغدادي، تحقيق: د. نجم عبد الرحمن خلف، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط (١)، ١٤١١هـ -١٩٩٠م (٢/٧)، حاشية البيجوري (٢/٢٩) ومغني المحتاج (٢/٣٠٩)، وتحفة المحتاج (٢/٤١٩) ونهاية المحتاج (٥/١٥٧).

الرابع: في بيان ما لا يكون مضاربة مع لفظها.

الخامس: في بيان ما يجوز من المضاربة من غير تسمية الربح فيها وما لا يجوز.

السادس: في المضاربة يشترط فيها الربح لأحدهما ويسكت عن الآخر.

السابع: في شرط الربح لثالث.

الثامن: في الرجل يدفع المال بعضه مضاربة وبعضه لا.

التاسع: في بيان ما يملكه المضارب وما لا يملكه.

العاشر: في موت المضارب.

الفصل الحادي عشر: في الرجل يأخذ لابنه الصغير مالًا مضاربة، أو يدفع مال ابنه الصغير مضاربة، وفي دفع الوصي مال الصغير مضاربة.

الفصل الثاني عشر: في القسمة في المضاربة.

الفصل الثالث عشر: في العيب.

الفصل الرابع عشر: في الاختلاف الواقع بين رب المال والمضارب، وإقامة البينة على ما وقع فيه الاختلاف.

الفصل الخامس عشر: في هلاك مال المضاربة.

الفصل السادس عشر: في المضارب يدفع المال إلى غيره مضاربة.

الفصل السابع عشر: في نفقة المضارب.

الفصل الثامن عشر: فيما يشترط على المضارب من الشرط.

الفصل التاسع عشر: يجد رأس المال أنقص وصفًا أو قدرًا.

الفصل العشرون: في المضارب يمتنع عن قبض الثمن ويقاضيه، ويدخل فيه ما إذا امتنع عن البيع حتى يجد ربحًا.

الفصل الحادي والعشرون: في المضارب يبيع مال المضاربة مرابحة.

الفصل الثاني والعشرون: في المضارب يشتري بجميع مال المضاربة متاعًا وينفق الكرى من عند نفسه.

الفصل الثالث والعشرون: في دعوى المضارب شراء المتاع لنفسه.

الفصل الرابع والعشرون: في نهي رب المال المضارب عن التصرف.

الفصل الخامس والعشرون: في المضارب يدفع المال إلى رب المال بضاعة، ويدخل فيه بيع المضارب من رب المال وعكسه.

الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات.

❊ ❊ ❊

الفصل الأول

بيان شرائط المضاربة وجوازها

أما الأول: في بيان شرائطها وجوازها.

فنقول: من جملة شرائط جواز المضاربة[١] أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير

(١) ذكر الفقهاء لصحة المضاربة شروطا وهي:

ما يتعلق بالصيغة من الشروط: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا بد في المضاربة من الصيغة، وهي الإيجاب والقبول، وتنعقد بلفظ يدل على المضاربة، مثل قول رب المال للعامل - ضمن الصيغة-: ضاربتك، أو قارضتك، أو عاملتك، أو ما يؤدي معاني هذه الألفاظ؛ لأن المقصود المعنى، فجاز التعبير بكل ما يدل عليه، ولأنه أتى بلفظ يؤدي معنى عقد المضاربة، والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ، حتى ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف. وقبول العامل يكون بلفظ يدل على الرضا والموافقة، متصلا بالإيجاب بالطريق المعتبر شرعا في عقد البيع وسائر العقود.

واشتراط اللفظ في كل من الإيجاب والقبول في عقد المضاربة هو مذهب الحنفية، وقول جمهور فقهاء المالكية، والأصح عند الشافعية.

وذهب الحنابلة، وهو القول المقابل للأصح عند الشافعية إلى أنه لا يشترط في القبول قول: قبلت ونحوه أو التلفظ به، بل القبول بالفعل، وتكون مباشرته قبولا للمضاربة كالوكالة.

وقال بعض المالكية - منهم ابن الحاجب-: إن المضاربة تنعقد بصيغة دالة على ذلك ولو من أحدهما ويرضى الآخر، ولا يشترط اللفظ في صيغة المضاربة إذا وجدت القرينة؛ لأن المضاربة عندهم إجارة على التجر بمال - أي: البيع والشراء لتحصيل الربح - بجزء من ربحه، والإجارة تكفي فيها المعاطاة كالبيع، فتكفي المعاطاة في انعقاد المضاربة كذلك.

ويشترط في كل من طرفي عقد المضاربة - وهما رب المال والعامل - شروط لا بد منها لصحة المضاربة، وتفصيل ذلك فيما يلي:

قال المالكية والشافعية: يشترط لصحة المضاربة أن تقع من أهل التصرف وهو الحر البالغ الرشيد الذي يصح منه التوكيل والتوكل، أي المتأهل لأن يوكل غيره ويتوكل لغيره؛ لأن العاقدين كل واحد منهما وكيل عن صاحبه وموكل لصاحبه، فمن جاز له أن يوكل ويتوكل جاز له عقد شركة المضاربة، ومن لا فلا، وعلى ذلك لا تصح المضاربة من عبد إلا بإذن سيده أو كان مأذونا له في التجارة، وكذا غيره من المحجور عليهم.

وقال الرملي: ويجوز لولي المحجور عليه من صبي ومجنون وسفيه أن يضارب من يجوز إيداعه المال المدفوع إليه، سواء أكان الولي أبا أم جدا أم وصيا أم حاكما أم أمينه، ومحل ذلك ألا يتضمن عقد المضاربة الإذن في السفر، فإن تضمن الإذن في السفر اتجه كونه كإرادة الولي السفر بنفسه. وأما المحجور عليه بالفلس فلا يصح أن يضارب ويصح أن يكون عاملا. وتصح المضاربة من المريض ولا يحسب ما زاد على =

عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -

أو فلوسا رائجة عند محمد - رحمه الله -.

حتى إن المضاربة[١] بما سوى هذه الأشياء لا تجوز إجماعا.

وروى الحسن بن زياد في المجرد عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن المضاربة بالفلوس جائزة.

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - الدراهم التجارية لا تجوز المضاربة بها كالفلوس.

وأما المضاربة بالتبر، فهو على ما ذكرنا في الشركة بالتبر.

وفي القدوري: أن من دفع إلى رجل عرضا وقال: بعه واعمل بثمنه مضاربة، فباعها بدراهم أو دنانير، وتصرف فيها جاز؛ لأنه لم يضف المضاربة إلى العروض،

= أجرة المثل من الثلث؛ لأن المحسوب منه ما يفوته من ماله، والربح ليس بحاصل حتى يفوته، وإنما هو شيء يتوقع حصوله، وإذا حصل كان بتصرف العامل.

وقال الحنفية: يشترط في رب المال والمضارب أهلية التوكيل والوكالة لأن المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل، فيشترط في الموكل أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه؛ لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره، فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا؛ لأن العقل من شرائط الأهلية، ألا ترى أنهما لا يملكان التصرف بأنفسهما. ويشترط في الوكيل أن يكون عاقلا، فلا تصح وكالة المجنون والصبي الذي لا يعقل، وأما البلوغ والحرية فليسا بشرط لصحة الوكالة، فتصح وكالة الصبي العاقل والعبد، مأذونين كانا أو محجورين.

وقال الحنابلة: لا يصح شيء من الشركة - ومنها المضاربة - إلا من جائز التصرف؛ لأنه عقد على التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف كالبيع.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٠، ٨١- ٨٢)، والدر المختار (٤/ ٤٨٤، ٤٨٥)، والشرح الصغير وحاشية الصاوي (٣/ ٤٥٧، ٤٥٨، ٦٨٢، ٦٨٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٥١٧)، وشرح الخرشي وحاشية العدوي (٦/ ٢٠٣)، والمدونة (٥/ ١٠٧)، والفواكه الدواني (٢/ ١٧٥)، وروضة الطالبين (٥/ ١٢٤) وما بعدها، وكشاف القناع (٣/ ٥٠٧، ٥٠٨)، نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي (٥/ ٢٦٦)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٢٧ - ٣٢٨)، ومغني المحتاج (٢/ ٣١٤)، المغني، لابن قدامة (٥/ ١ - ٢).

(١) في أ: المضارب.

وإنما أضافها إلى الثمن، فالثمن تصح به المضاربة.

ومن جملة شرائطها: أن يكون رأس المال معلوما عند العقد حتى لا يقعان في المنازعة في الثاني.

والعلم به بأحد الطريقين إما بالإشارة أو التسمية، فقد ذكر محمد - رحمه الله - في مضاربة الأصل: إذا دفع [إلى رجل][١] دراهم مضاربة لا يدري واحد منهما ما وزنها فهو جائز؛ لأن جهالة الوزن لا توقعهما في المنازعة في الحال، وفي الثاني يتوهم المنازعة بأن يشتري المضارب برأس المال شيئا قبل الوزن، ويبيع ويربح، ثم يحتاجان إلى القسمة فتقع بينهما منازعة في مقدار رأس المال، وقد لا تقع هذه المنازعة بأن وزنا الدراهم والدنانير قبل الشراء لا يعرف قدر وزنها مع ضيق حالهما فالمضاربة أولى.

ومن جملة الشرائط أن يكون رأس المال عينا لا دينا؛ فالمضاربة بالديون لا تجوز، حتى إن من كان له على آخر ألف درهم فأمره صاحب الدين أن يعمل بها مضاربة، حتى لا تجوز المضاربة؛ لأن سبيل المضاربة أن تكون أمانة في يد المضارب؛ لأن المضارب أمين في حق رأس المال، ولا يتصور أن يكون أمينا فيما عليه من الدين. أما قبل القبض من نفسه؛ لأن الدين مضمون على المديون.

وأما بعد القبض من نفسه؛ لأن قبضه من نفسه لم يصح؛ لأن المديون لا يصلح وكيلا عن صاحب الدين في قبض ما عليه.

وهذا بخلاف[٢] ما لو غصب رجل من رجل ألف درهم، والدراهم قائمة في يد الغاصب، فقال المغصوب منه للغاصب: اعمل بها مضاربة بالنصف، صحت المضاربة، وإن كان رأس المال مضمونا قبل عقد المضاربة؛ لأنه صار أمانة بعقد المضاربة؛ لأنه لما قال له: اعمل بها مضاربة، ومن حكم رأس المال أن يكون أمانة

---

(١) في أ: الرجل.
(٢) في أ: يجوز.

في يد المضارب، فقد أبرأه عن ضمان الغصب.

وبخلاف ما إذا كان للرجل على رجل دين، فقال رب المال لرجل آخر: اقبض ما لي من فلان، واعمل به مضاربة بالنصف، فهو جائز؛ لأنه هناك أضاف المضاربة إلى ما بعد القبض، وبعد القبض يصير أمانة في يده؛ لأنه [لا][(١)] يصلح وكيلا عن رب المال في قبض دينه عن غيره، أما ها هنا بخلافه.

وإذا فسدت المضاربة في هذه الصورة، بعد هذا إذا اشترى وربح أو خسر، كان الربح والخسران عليه، والدين على المشتري على حاله لصاحب الدين عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

وعندهما: ما باع واشترى يكون جائزا على صاحب الدين، والربح له، والخسران عليه، وكان بريئا من الدين.

وهذا الخلاف بينهم فرع مسألة عرفت في كتاب البيوع: أن رب الدين إذا قال للمديون: اشتر لي عبدا بالدين الذي لي عليك، ولم يعين البائع. أو قال: أسلم ما لي عليك، ولم يعين المسلم إليه.

فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: التوكيل لا يصح، وإذا اشترى و[(٢)] أسلم، كان ذلك واقعا للوكيل، ولا يبرأ عن الدين فها هنا كذلك.

وفي الأصل: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم دين، فقال الآخر اقبض ديني من فلان، واعمل به مضاربة بالنصف، فقبض بعضها وعمل فيه، جاز.

بخلاف ما إذا قال: اقبض ديني من فلان، ثم اعمل به مضاربة، فقبض البعض وعمل فيه، فإنه لا يجوز؛ لأن كلمة (ثم) توجب الترتيب، فكان [الإذن بالعمل][(٣)] مرتبا على القبض، كأنه قال: اقبض الدين الذي على فلان، ثم اعمل به بعد القبض.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: أو.
(٣) في أ: العمل بالإذن.

بخلاف (الواو) فإنه[١] لا يوجب الترتيب بين المعطوف والمعطوف عليه، بل يقتضي وجودهما كيف ما كان وجدا معا، أو على التعاقب. أو قال: اقبض ديني من فلان، لتعمل بها مضاربة بالنصف أو قال: يعمل به مضاربة بالنصف، فقبض البعض، وعمل به، لا يجوز.

ومن جملة الشرائط: أن يكون رأس مال المضاربة مسلما إلى المضارب.

ومن جملة الشرائط: أن يكون نصيب المضارب من الربح معلوما على وجه لا ينقطع به الشركة على[٢] الربح، فما يقطع الشركة في الربح، يعمل فيه بقضية القياس.

بيان هذا: إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة، على أن ما زرق الله تعالى في ذلك من شيء، فللمضارب من ذلك مائة درهم [أو أقل][٣]، أو خمسون أو أقل أو أكثر، بعد أن سمى من ذلك شيئا معلوما لا يجوز؛ [لأن][٤] هذا الشرط يقطع الشركة في الربح، عسى ألا يربح إلا قدر ما شرط للمضارب من الربح، أو أقل من ذلك فيستحق المضارب جميع ذلك، ولا يبقى لرب المال شيء.

ولو شرط للمضارب نصف الربح، أو ربح نصف المال، كانت المضاربة جائزة لاشتراط[٥] نصف ربح المال شائعا، واشتراط ربح النصف سواء كذا اشتراط ربح ثلث المال شائعا، واشتراط ثلث ربح المال سواء. وذلك جائز؛ لأنه معلوم، وشرطه لا يقطع الشركة.

وكذلك لو شرط عليه ربح مائة درهم، من رأس المال لا بعينها، إذا كان رأس المال ألف درهم مثلا، واشتراط عشر الربح سواء.

---

(١) في أ: لأنه.
(٢) في أ: في.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: لأن اشتراط.

ولو شرطا ربح هذه المائة بعينها، أو شرط ربح هذا النصف من المال بعينه، فالمضاربة فاسدة؛ لأن هذا الشرط [قد][١] يقطع الشركة في الربح؛ لأنه ربما لا يربح إلا المائة المعينة، أو النصف المعين، فيكون كل ذلك للمضارب، وربما لا يربح على هذه المائة المعينة، أو على هذا النصف المعين، ويربح على ما سواه، فيكون كل الربح لرب المال، وإذا شرط للمضارب نصف الربح إلا عشرة دراهم أو ثلث الربح إلا عشرة دراهم، فالمضاربة فاسدة؛ لأنه يجوز ألا يربح إلا عشرة، فيأخذها رب المال، ولا يبقي للمضارب شيء، وكذلك إذا شرط له نصف الربح وزيادة عشرة لا يجوز؛ لأنه يجوز ألا يربح إلا عشرة، فيأخذها المضارب، ولا يبقى لرب المال شيء.

جئنا إلى بيان حكمها:

فنقول: حكم المضاربة شرعا صيرورة المضارب وكيلا بعد تسليم رأس المال إليه؛ لأنه أمره بالشراء، ويكون رأس المال أمانة في يده؛ لأنه قبضه بإذن مالكه، ليرده عليه، فكان بمنزلة المودع، وفي الانتهاء إذا ظهر الربح يصير شريكا؛ لأنه يستحق بعض الربح.

❊ ❊ ❊

(١) سقط في أ.

أحكام المضاربة

وإنما سمينا هذه الأشياء حكم المضاربة؛ لأن حكم الشيء ما يثبت به، والذي يثبت بالمضاربة هذا.

ولهذا قال مشايخنا - رحمهم الله -: إن المضاربة في ابتدائها إيداع، وعند الشروع في العمل وكالة، فإذا ظهر الربح في الانتهاء يصير شركة، وإذا خالف المضارب يصير غصبا، وإذا فسدت صارت إجارة فاسدة.

فهذه أحكام تنبني عليها، فيجب أن يراعى كل حكم منها في وقته وأوانه.

ثم في كل موضع فسدت المضاربة، فباع المضارب، واشترى وربح مالا كثيرا، فإنه لا يكون له شيء من الربح، وإنما له أجر مثل عمله.

وكان كالمزارعة، إذا فسدت لا يكون للمزارع ما شرط من الخارج وإنما له أجر مثل عمله، فكذلك ها هنا، وإن لم يربح، فكذلك له أجر مثل عمله، وإن لم يحصل الخارج وكذلك هذا.

وهذا بخلاف الشركة الفاسدة، إذا عمل الشريك بعد ذلك، فإنه لا يستحق أجرا. وهذا الذي ذكرنا[1] ظاهر الرواية.

وذكر القدوري، عن أبي يوسف - رحمهما الله -: أن المضارب إذا لم يربح في المضاربة الفاسدة، فلا أجر له.

ثم في ظاهر الرواية: إذا كان له أجر مثل عمله، يجب بالغا ما بلغ أم لا يجاوز على ما شرط له؟ يجب أن تكون المسألة على الاختلاف على قياس المسألة التي ذكرناها في آخر كتاب الشركة، في باب الاحتشاش والاحتطاب، على أن يكون المجموع بينهما نصفين، فالشركة فاسدة.

ولو عمل أحدهما، وأعانه الآخر، كان ذلك للعامل، ولا شيء للمعين من المجموع، وللمعين على العامل أجر مثل عمله، عند أبي يوسف - رحمه الله - لا

(١) زاد في أ: جواب.

يجاوز على نصف الخارج، الذي شرط [له][(١)].

وعلى قول محمد - رحمه الله -: يجب بالغا ما بلغ، فيجب أن يكون هذا على ذلك الخلاف، ويجوز ألا يجاوز على المشروط ها هنا عند محمد - رحمه الله - أيضا.

وكذلك لو عمل المضارب بالمال، فتلف كله، فله أجر مثل عمله بخلاف القصار والخياط.

ولا ضمان على المضارب فيما هلك في يده، وإن فسدت المضاربة إذا كان الهلاك من غير تعديه.

ذكر المسألة في الأصل من غير ذكر الخلاف.

وفي القدوري: إذا فسدت المضاربة، ثم هلك المال في يد المضارب لم يضمن.

وروي عن محمد - رحمه الله -: أنه يضمن.

حكي عن الطحاوي أنه كان يقول: ما ذكر في الأصل يجب على المضارب ضمان ما هلك عنده، إذا حصل الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه، فإن هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه، لا يضمن.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يضمن، ويكون أمينا في الحالين؛ لأن المضاربة متى فسدت صارت إجارة فاسدة.

والخياط أجير مشترك، والمال في يد الأجير المشترك إذا هلك بأمر يمكن التحرز عنه يكون مضمونا عندهما، وإلا فلا يكون مضمونا.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يكون مضمونا عليه، فيجب أن يكون هذا على الخلاف.

وحكي عن الفقيه الهندواني أنه يقول: ما ذكر في الأصل قولهم جميعا، ولا

---

(١) سقط في أ.

يكون المال مضمونا على المضارب، وإن فسدت المضاربة عندهم جميعا، وهو الظاهر فإنه لم يحك فيه خلافا.

فعلى هذا يحتاج أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - إلى الفرق بين هذا وبين الأجير المشترك إجارة فاسدة؛ فإن المال يكون مضمونا عنده بالإجارة الفاسدة، على قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - إلا أن يهلك بأمر لا يمكن التحفظ والتحرز عنه، وها هنا قال بأن المال يكون أمانة عنده، وإن كانت المضاربة متى فسدت صارت إجارة فاسدة.

والفرق: أن المضاربة متى فسدت فهي إجارة معني، من حيث إن المضارب ابتغى بعمله عوضا، مضاربة لفظا، فعملنا بالمعنى، فأوجبنا له أجر مثل عمله ربح، أو لم يربح كما لو استأجره، وعملنا باللفظ، وجعلنا المال أمانة في يده.

فأما الإجارة الفاسدة، إجارة لفظا ومعنى، فكان الأجير أجيرا مشتركا لفظا ومعنى، فيكون المال عنده [مضمون][(١)] وعندهما إلا أن يكون الهلاك بأمر لا يمكن التحرز عنه.

❊ ❊ ❊

(١) سقط في أ.

الفصل الثاني

في بيان الشروط التي تبطل المضاربة والتي لا تبطلها

ذكر في آخر مضاربة الأصل: إذا قال رب المال للمضارب: لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر عملت [فيه][١]، فالمضاربة جائزة والشرط باطل.

وقال في مزارعة الأصل: إذا دفع أرضا مزارعة بنصف الخارج وجعل للمزارع أجر عشرة دراهم كل شهر عمل فيه للمزارعة، فالمزارعة باطلة.

وكان عيسى بن أبان - رحمه الله - يطعن على محمد، وكان يقول: ينبغي أن يستوي المسألتان في الصحة والفساد.

فقال: يصحان جميعا؛ لأن [في][٢] كل واحد من العقدين معنى الشركة ولهذا جازت وإن كان البدل معدوما، فالشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة. أو يفسدان جميعا؛ لأن في كل واحد من العقدين معنى الإجارة والإجارة تبطلها الشروط الفاسدة.

ومن المشايخ من قال: في المسألة روايتان:

وجه رواية الفساد: أن هذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح.

[وجه رواية الجواز: أن هذا عقد على ربح معلوم لا يوجب قطع الشركة في الربح][٣]، ثم ألحق به شرط فاسد، فيصح العقد، ويبطل الشرط، إلا أن هذا إنما يتأتى على قولهما، لا على قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

فالخلاف بين أبي حنيفة، وبين صاحبيه في الشروط الفاسدة الملحقة بالبيع معروف.

وعامة المشايخ على الفرق بين مسألة المضاربة، وبين مسألة المزارعة، وهو

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

الصحيح.

ووجه الفرق: أن في كل واحد من العقدين معنى الشركة ومعنى الإجارة، إلا أن معنى الإجارة راجح في المزارعة على الشركة فيما عدا استحقاق البدل.

ولهذا قالوا: لا يصح من غير توقيت، ويجبر العامل على العمل وأن يفسد بالشروط الفاسدة، ما عدا استحقاق البدل، فيعتبر إجارة في حق هذا الحكم، اعتبارا للراجح، والإجارة تبطل بالشروط الفاسدة.

فأما معنى الشركة في المضاربة راجح على معنى الإجارة، فيما عدا تسليم رأس المال إلى المضارب، ولهذا صح من غير توقيت، ولم يجبر المضارب على العمل وألا تفسد بالشروط الفاسدة، ما عدا تسليم رأس المال إليه، فيعتبر المضاربة شركة في حق هذا الحكم، والشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وإن عمل المضارب على هذا الشرط، فإنه لا يصح أجيرا؛ لأنه عمل في شيء هو فيه شريك.

وقال محمد - رحمه الله -: فيمن دفع ألفا مضاربة بالنصف، وعلى أن يدفع رب المال أرضه إليه ليزرعها سنة، أو على أن يسكن داره سنة، فالشرط باطل، والمضاربة جائزة.

ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضا يزرعها رب المال سنة، أو يدفع داره إلى رب المال يسكنها سنة، فسدت المضاربة؛ لأن رب المال جعل نصف الربح عوضا عن عمله وأجرة الدار؛ فصارت حصة العمل مجهولة.

قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: روي عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل دفع مالًا إلى رجل مضاربة، على أن يبيع في دار رب المال، أو دار المضارب، كان جائزا.

ولو شرط أن يسكن المضارب دار رب المال، أو رب المال دار المضارب، فهذا لا يجوز؛ لأنه إذا شرط البيع في أحد الدارين، فقد خص البيع بمكان، ولم يعقد على منافع الدار، وإذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل ذلك أجرة.

قال القدوري - رحمه الله -: وينبغي أن يكون الفساد المذكور في هذه المسألة راجعا إلى الشرط، لا إلى أصل العقد.

قال القدوري في كتابه أيضا: كل شرط فاسد في المضاربة يوجب جهالة الربح، أو قطع الشركة في الربح يوجب فساد المضاربة.

وما لا يوجب شيئا من ذلك، لا يوجب فساد المضاربة، نحو أن يشترط أن يكون الوضيعة عليهما؛ لأن في المضاربة معنى الوكالة، والوكالة لا تبطلها الشروط الفاسدة، ولأن صحة عقد المضاربة موقوف على القبض، فصارت المضاربة من هذا الوجه بمنزلة الهبة، والهبة لا تبطلها الشروط الفاسدة.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في أول المضاربة أن المضاربة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

وإذا شرط للمضارب ربح عشرة [دراهم][(١)] فسدت؛ لأنه شرط فاسد؛ لأنه شرط ينتفي به الشركة في الربح عسى ألا يربح غير عشرة.

دفع ماله إلى رجل مضاربة، وشرط على المضارب أنه إن اشترى دقيقا، فله الربع، وإن اشترى حنطة فله النصف، وإن اشترى الشعير فله الثلث، فهذا جائز، وله أن يشتري تلك الأشياء على ما سمى، فإن اشترى الحنطة، فقد وقع المضاربة على الحنطة، فليس له أن يصرف إلى غيره. في القدوري.

وفيه أيضا قال: إن عملت في المصر فلك الثلث، وإن سافرت فلك النصف، فاشترى في البلد، وباع في السفر، قال: المضاربة على الشرط، فإذا اشترى في المصر، فله ما شرط له في المصر سواء باع في المصر أو غيره.

ولو اشترى ببعض المال في السفر، وبالبعض في المصر فربح كل واحد على ما شرط.

هشام عن محمد - رحمه الله -: إذا دفع مالا مضاربة على أنه إن خرج في

---

(١) سقط في أ.

سفره، فنفقته على نفسه، ليس من المضاربة، فالمضاربة جائزة والشرط باطل.

قال في فتاوى أهل سمرقند: دفع مالًا مضاربة وقال: تخرج إلى الري فما ربحت في ذهابك فهو بيننا نصفان، وما ربحت في رجوعك فهو بيننا أثلاثا، ثلثه لك وثلثاه لي، أو قال: ربح هذا الشهر بيننا نصفان، والشهر الثاني أثلاثا، فالمضاربة جائزة والربح على الشرط؛ لأن كل شرط من هذين الشرطين صحيح على الانفراد.

* * *

الفصل الثالث

في بيان ما يكون مضاربة بغير لفظها

إذا قال الرجل لغيره: خذ هذه الألف معاملة بالنصف فهو مضاربة ويجعل لفظ المعاملة كناية عن المضاربة؛ لما في المضاربة من العمل وكذا إذا قال: خذ هذه الألف، واعمل بها، على أن ما رزق الله تعالى من ذلك من شيء فهو بيننا، ولم يقل المضاربة، فهو مضاربة جائزة؛ لأنه إن لم يذكر لفظ المضاربة، فقد ذكر جميع معنى المضاربة فإن معنى المضاربة الشراء والبيع.

فالشركة في الربح سبب البيع والشراء، والبيع والشراء صارا مذكورين بذكر العمل؛ لأن اسم العمل، اسم عام يتناول البيع والشراء كما يتناول غيرهما من الأعمال، وقد ذكر الشركة في الربح بقوله: على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بيننا، والعقد كما يكون[١] مذكورا بذكر لفظه، يصير مذكورا بذكر معانيه.

ولو قال: خذ هذه الألف، واعمل بها بالنصف أو الثلث، أو بالعشر فهو مضاربة جائزة استحسانا؛ لأن [جميع][٢] معاني المضاربة صارت مذكورة، والبيع والشراء صارا مذكورين [بذكر][٣] العمل.

والشركة في الربح صارت مذكورة بذكر النصف عقيب ذكر الشراء.

ودفع المال يراد به عرفا النصف من الربح فهو معنى قولنا: إن جميع معاني المضاربة قد صارت مذكورة.

ولو قال: خذ هذه الألف، وابتع به متاعا، فما كان من فضل فلك كذا، فسمى شيئا معلوما، ولم يزد على ذلك، فهو مضاربة استحسانا؛ لأنه ذكر جميع معاني المضاربة.

---

(١) في أ: يصير.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

أما ذكر الشراء والشركة في الربح فظاهر.

وأما ذكر البيع؛ فلأن البيع صار مذكورا، مقتضى ذكر نصيب المضارب من الفضل والربح؛ لأن الفضل والربح لا يتحقق إلا بالبيع.

ولو قال: خذ هذه الألف بالنصف، أو على نصف، ولم يزد عليه، فهو مضاربة استحسانا، ويصير تقدير هذه المسألة: خذ هذه الألف، واعمل بها بالنصف أو على النصف؛ وهذا؛ لأن كلمة (على) والباء تصحبان الأبدال، فاقتضى ذكر النصف مقرونا بحرف البدل، فيستقيم استحقاق البدل عليه، وذلك العمل لا الأخذ منه، فصار العمل مذكورا. فهو معنى قولنا: إن تقدير هذه المسألة: خذ هذه الألف واعمل بها.

ولو قال: خذ هذه الألف، واشتر بها هرويا بالنصف، أو قال: رقيقا بالنصف، ولم يزد على هذا[١]، فالمضاربة فاسدة؛ لأنه لم يأت بجميع معاني المضاربة؛ لأنه لم يذكر البيع لا نصًّا، ولا باسم آخر، إنما ذكر الشراء، وذكر النصف[٢] عقيب ذكر الشراء وحده لا يراد به عرفا النصف من الربح، حتى يصير المبيع مذكورا، مقتضى ذكر الربح، حتى لو قال: اشتر بها هرويا، أو قال: رقيقا على أن لك نصف الفضل، أو نصف الربح، تجوز المضاربة، ويصير البيع مذكورا مقتضى ذكر الربح والفضل.

فإن اشترى بالألف هرويا أو رقيقا بالنصف، فالمشترى للآمر وليس له أن يبيع ما اشترى، فإن باع مع ذلك، فالبيع باطل، وهو ضامن قيمته، إن لم يقدر عليه؛ لأنه وكيل بالشراء خاصة، فكان منعدما في البيع فإن أجاز رب المال، والمال قائم، أو لا يدري حاله، فالبيع جائز، والثمن لرب المال؛ لأنه فضولي في هذا البيع، فإذا اتصلت الإجازة به جاز، وشرط قيام المبيع؛ لأنه وقت الإجازة؛ لأن الحكم يثبت بالإجازة فلا بد من قيام المحل وقت الإجازة.

---

(١) في أ: هذه.
(٢) في أ: الشراء.

وإن كان لا يعلم حاله، فالأصل هو البقاء حتى يعلم[(١)] هلاكه.

ولو قال: خذ هذه الألف مضاربة واشتر بها هرويا بالنصف، أو قال رقيقا بالنصف لا رواية لهذه المسألة في شيء من الكتب.

وكان الفقيه أبو بكر محمد بن عبد الله البلخي - رحمه الله - يقول: يجب ألا يجوز هذا مضاربة، فقد ذكر في المزارعة أن من دفع إلى رجل أرضا وبذرا، وقال: خذها مزارعة اسقها بالنصف، أو قال خذ هذه النخيل معاملة واحفظها بالنصف، ذكر المعاملة والمزارعة فاسدة وإن ابتدأ الكلام بالعموم؛ لأنه رده إلى الخصوص بقوله فاسقها بالنصف على مخالفة ما يوجب حكم العام، فإن حكم العام أن يكون جميع النصف مقابلا بجميع العمل، وقد قابله، فإذا عمل واحد منها، وذكر بعض ما شمله العام على مخالفة حكمه يوجب تخصيص العموم، فإذا وجب تخصيص العام صار كأنه لم يتكلم بالعام، وإنما تكلم بالخاص لا غير.

ولو تكلم بالخاص بأن قال: اسق هذه الأرض بالنصف، احفظ هذه النخيل كان فاسدا، فكذا ها هنا، ابتدأ بما يوجب العموم، وهو ذكر المضاربة، فإنه يتناول البيع والشراء باستحقاق بعض الربح بهما فكما قال: فاشتر بها هرويا بالنصف، فقد رده إلى الخصوص على مخالفة ما يوجبه حكم العام، فإن حكم العام أن يكون النصف بإزاء البيع والشراء لا بإزاء الشراء وحده، فإذا قال: فاشتر بها هرويا بالنصف، فقد جعل النصف بمقابل الشراء لا غير، فصار كأنه لم يتكلم بالعام، وإنما تكلم بالخاص لا غير، ولو تكلم بالخاص لا غير كانت المضاربة فاسدة كذا ها هنا.

قال - رحمه الله - لقائل أن يقول: إذا لم تحفظ مسألة المزارعة أن المضاربة جائزة، إذا قال لغيره بالفارسية: (ابن رويكير وتصرف كن بطريق شركة باهرج سؤدا ايذ سيمه برابوز ونهمه برابوز) كان مضاربة فإنه[(٢)] نص على الشركة؛ لأنه يؤدي

---

(١) في أ: يعرف.

(٢) في أ: وإن.

معناها.

دفع إلى رجل مائة وأمره أن يشتري بها مسطحة ليكون الربح بينهما، كانت المضاربة صحيحة، وإذا فعل المدفوع إليه ما أمر به وحصل الربح كان الربح بينهما على الشرط.



الفصل الرابع
في بيان ما لا يكون مضاربة مع لفظها

قال محمد - رحمه الله -: إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة، على أن ما رزق الله تعالى من شيء في ذلك، فذلك كله للمضارب، فهذا قرض حتى لو قبض المال على هذا الشرط، وربح أو وضع أو هلك المال قبل أن يعمل به كان الربح للمضارب، والوضيعة والهلاك عليه، وهذا؛ لأنه شرط جميع الربح للمضارب، ولن يصير جميع الربح للمضارب إلا أن يصير رأس المال ملكا له، فيصير رب المال مملكا رأس المال من المضارب في ضمن اشتراط جميع الربح له. إلا أن هذا تمليك بطريق التبرع؛ لأنه لم يشترط لنفسه عوضا.

والتبرع نوعان: هبة [عوض][1]، وقرض، وأثبتنا القرض؛ لأن رب المال لما ملك المضارب رأس المال شرط عليه رد رأس المال بقوله مضاربة؛ لأن المضاربة تقتضي رد رأس المال على رب المال.

وإذا دفع ألف درهم مضاربة على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء، فذلك كله لرب المال، فهذا بضاعة، فإن عمل المضارب وربح فالربح لرب المال بتمامه، وإن وضع فالوضيعة على رب المال أيضا.

* * *

(١) سقط في أ.

الفصل الخامس

في بيان ما يجوز من المضاربة من غير تسمية الربح فيها وما لا يجوز

وإذا دفع ألف درهم إلى رجل مضاربة على أن ما رزق الله تعالى من شيء في ذلك، فهو بينهما، فهذه مضاربة جائزة؛ لأن كلمة (بين) في اللغة كلمة تنصيف، فكأنه قال: على أن الربح بيننا نصفان، وهناك يجوز المضاربة، فهاهنا كذلك.

وكذلك إن دفع إليه دراهم مضاربة على أنهما شريكان في الربح، ولم يبين مقدار ذلك، فالمضاربة جائزة؛ لأن مطلق الشركة يقتضي المساواة فكأنه قال: على أن الربح بيننا نصفان.

وكذلك إذا دفع إليه مالا وقال: اعمل بها شركة، ولم يزد على هذا فهذه مضاربة جائزة، والربح بينهما نصفان لما ذكرنا، ولو قال على أن للمضارب شركاء فالشركة والشرك واحد، عند أبي يوسف، وهو بينهما نصفان، وقال محمد - رحمه الله -: المضاربة فاسدة.

وإذا دفع ألف درهم مضاربة على مثل ما شرط فلان لفلان من الربح، فهو على ثلاثة أوجه:

الأول: إذا علم رب المال والمضارب ما[1] شرط فلان لفلان من الربح، وفي هذه الوجه المضاربة جائزة؛ لأن البيع بمثل ما باعه فلان جائز، فالمضاربة أولى.

[الثاني][2]: وإن لم يعلما ذلك لا يجوز؛ لأنهما جهلا مقدار الربح لكل واحد منهما.

[الثالث][3]: وإن علم أحدهما، إما رب المال، وإما المضارب وجهل الآخر، فإن المضاربة لا تجوز.

(١) في أ: بما.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

الفصل السادس
في المضاربة يشترط فيها الربح لأحدهما ويسكت عن الآخر

وإذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة على أن للمضارب نصف الربح، أو [قال][(١)] ثلثه، ولم يتعرض لجانب رب المال فالمضاربة جائزة، فللمضارب ما شرط له، والباقي لرب المال؛ لأن البيان والشرط إنما يعتبران في جانب المضارب، لا في جانب رب المال؛ لأن المضارب هو الذي يستحق الربح بالشرط.

فإن قال: على أن لرب المال نصف الربح[(٢)] أو قال ثلثه ولم يعين[(٣)] للمضارب شيئا، فالمضاربة جائزة استحسانا؛ لأنه لو لم تجز المضاربة إنما لم تجز؛ لأنه لم يبين نصيب المضارب، وقد بين ذلك دلالة؛ لأن رب المال [لما][(٤)] خص نصيبه من الربح بالنصف أو الثلث يجب أن يكون لهذا التخصيص فائدة، إذا صار بيانا أن الباقي للمضارب.

فأما إذا لم يصر بيانا نصيب المضارب، كان ما ذكر من النصف أو الثلث من الربح لغوا.

إذا قال لغيره: خذ هذه الألف مضاربة بالثلثين فهذا جائز، ويصير الثلثان مشروطا للمضارب.

وإن قال رب المال: عنيت الثلثين لي لم يصدق.

* * *

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: المال.
(٣) في أ: يبين.
(٤) سقط في أ.

الفصل السابع
في شرط الربح لثالث

وإذا شرط في المضاربة بعض الربح لغير المضارب ورب المال فهو على وجوه:

أحدها: إذا شرط ذلك لأجنبي:

وفي هذا الوجه: إن شرط العمل للأجنبي، فالمضاربة جائزة، والشرط جائز، ويصير رب المال دافعًا المال مضاربة إلى رجلين، وإن لم يشترط عمل الأجنبي، فالمضاربة جائزة، والشرط باطل، ويجعل الشرط للأجنبي كالمسكوت عنه، ويكون لرب المال.

الوجه الثاني: إذا شرط بعض الربح لعبد المضارب، أو لعبد رب المال:

فإن شرط عمل العبد مع ذلك، فالمضاربة جائزة، والشرط جائز أيضًا، على كل حال.

وإن لم يشترط عمل العبد مع ذلك، فإن لم يكن على العبد دين، صح الشرط، سواء كان عبد المضارب، أو عبد رب المال؛ لأنه إن تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد؛ لأن الربح إنما يستحق إما برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل، ولم يوجد واحد من هذه الأسباب في حق العبد، فأمكن تصحيحه في حق مولاه؛ لأن ما شرط للعبد مشروط لمولاه إذا لم يكن عليه دين.

فإن كان عبد المضارب، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصح الشرط، فيكون المشروط كالمسكوت عنه، فيكون لرب المال؛ لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط، وتعذر تصحيحه للمضارب؛ لأنه يملك[1] كسب عبده، عند أبي حنيفة إذا كان على العبد دين.

وعندهما: يصح الشرط، ويجب الوفاء به.

وإن كان عبد رب المال، فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف.

---

(١) في أ: لا يملك.

الوجه الثالث: إذا شرط بعض الربح لمن لا تقبل شهادة المضارب له أو شهادة رب المال نحو المرأة، والمكاتب، أو ما أشبههما.

والجواب فيه كالجواب فيما إذا شرط بعض الربح لأجنبي.

ولو شرط بعض الربح لقضاء دين [المضارب](١)، أو لقضاء دين رب المال، فهو جائز، ويكون المشروط [للمشروط](٢) له قضاء دينه.

* * *

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.

الفصل الثامن

في الرجل يدفع المال بعضه مضاربة وبعضه لا

وإذا دفع إلى رجل [ألفًا][(١)]، وقال: نصفها عليك قرض، ونصفها معك مضاربة بالنصف، فأخذها على ذلك، فهو جائز على ما سميا؛ لأنه جمع بين عقدين على المشاع[(٢)]، لو أفرد كل واحد منهما على المشاع جاز فإنه لو قال: دفعت إليك نصف هذه الألف قرضا يجوز.

وكذلك إذا قال: دفعت إليك نصف هذه الألف مضاربة يجوز، فيجوز إذا جمع بينهما.

وهذه المسألة نص على أن قرض المشاع جائز. ولا توجد هذه الرواية إلا هاهنا.

وفيه طعن أبي القاسم الصفار.

فإذا جاز هذا العقد كان لكل واحد نصف حكم نفسه، ومن حكم القرض أنه إذا هلك بعض القرض يهلك على المستقرض.

ومن حكم المضاربة: أن رأس المال إذا هلك في المضاربة يهلك أمانة، فإذا قال: خذ هذه الألف، على أن بعضها قرض عليك، على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة، على أن الربح كله لي، فإنه يجوز ويُكره؛ لأنه قرض جر منفعة، فإنه شرط مع المثل لنفسه عملاً في ماله.

ولو قال: خذ هذه الألف، على أن نصفها قرض عليك، ونصفها مضاربة تعمل فيه بالنصف، فهو جائز،ولم يذكر الكراهة هاهنا.

فمن مشايخنا من قال: ذكر الكراهة ثمة ذكرها هنا؛ لأن القرض في الموضعين جميعًا جر منفعة.

ومنهم من قال: سكوت محمد عن ذكر الكراهة في هذه المسألة دليل على أنه لا كراهة، وإنما جاء الفرق لاختلاف الموضع.

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: مشاع.

ذكر في هذه المسألة أنه دفع إليه ألف درهم، وقال: نصفها قرض لك، ونصفها معك مضاربة بالنصف، فقد عطف المضاربة على القرض، ولم يجعله شرطًا في القرض، وإذا لم يصر مشروطًا في القرض كان هذا منفعة حصلت للمقرض من غير شرط في القرض، وفي المسألة المتقدمة جعل المضاربة[١] شرطًا في القرض بأن قال: على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة.

وكلمة (على)، كلمة شرط، فصارت المضاربة[٢] شرطًا في القرض، فكان هذا قرضًا جر منفعة شرطت في القرض.

والمكروه منفعة شرطت في القرض، لا مطلق المنفعة.

ولو قال: على أن نصفها مضاربة بالنصف، ونصفها هبة للمُضارب، وقبضها المضارب على ذلك غير مقسومة، فإن هذه الهبة فاسدة والمضاربة[٣] جائزة.

فإن هلك المال في يد المضارب، قبل أن يعمل به، أو بعد ما عمل به، فهو ضامن لنصف المال حصة الهبة.

ولا يضمن حصة المضاربة، وهذا نص على أن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون. ولا توجد بهذه المسألة رواية إلا في هذا الكتاب.

فإن ربح في المال ربحًا، كان نصف الربح للمضارب، ونصفه للمضاربة؛ لأن نصف الدراهم ملك المضارب بالهبة، فحصته من الربح تكون له ونصفه مضاربة فحصته من الربح تكون بين المضارب [ورأس][٤] المال فيحصل للمضارب ثلاثة أرباع الربح، ولرب المال الربع، ولم يذكر محمد رحمه الله في الكتاب أن حصة الهبة من الربح، هل تطيب للمضارب، أو يتصدق.

وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله يقول: ينبغي أن يتصدق به عند أبي حنيفة

(١) في أ: البضاعة.
(٢) في أ: البضاعة.
(٣) في أ: والمقارضة.
(٤) سقط في أ.

ومحمد رحمهما الله.

وعند أبي يوسف رحمه الله: لا يتصدق؛ لأن المقبوض بحكم عقد فاسد بمنزلة المغصوب حتى يجب رده بزوائده المتصلة والمنفصلة.

ولو كانت الدراهم مغصوبة، فتصرف فيها وربح، كانت المسألة على الخلاف.

وكان الفقيه أبو إسحاق الحافظ رحمه الله يقول: لا يتصدق؛ لأن الدراهم هاهنا صارت مملوكة، ولكن بعقد فاسد، والدراهم متى صارت مملوكة، وتصرف فيها المالك، وربح يطيب له الربح عند الكل، سواء ملكت بعقد صحيح، أو بعقد فاسد، نص عليه محمد رحمه الله في مضاربة الأصل، وفي الجامع الكبير.

وإنما الخلاف في الدراهم المغصوبة، إذا تصرف وربح، وفي المبيع بيعًا فاسدًا، إذا تصرف فيه وربح.

ولو سمى نصفها بضاعة، ونصفها مضاربة بالنصف فهو جائز، فإن هلك المال قبل العمل أو بعده، فالهلاك على رب المال، وإن ربح فلرب المال ثلاثة أرباع الربح، وللمضارب [ربع الربح][1].

ولو سمى نصفها وديعة، ونصفها مضاربة بالنصف، فهو جائز، فإن قسم المضارب المال نصفين، وعمل بأحد النصفين على المضاربة ووضع، فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفها؛ لأن قسمته لا تصح؛ لأن القسمة لا تقوم بالواحد، فإن اشترى شيئًا بنصف الدراهم للمضاربة ونقد الدراهم، فقد نقد نصف الثمن من مال الوديعة، ونصفه من مال المضاربة؛ لأنه ما من جزء من أجزاء المال إلا ونصفه وديعة، ونصفه مضاربة، وإنما أمره بالشراء بمال المضاربة، لا بمال الوديعة، فصار ضامنًا حصة الوديعة، لا حصة المضاربة، فكانت الوضيعة عليهما من هذا الوجه، وإن ربح فالربح بينهما، إلا ما كان حصة الوديعة يتصدق به المضارب في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، خلافًا لأبي يوسف رحمه الله.

---

(١) في أ: ربح.

الفصل التاسع

في بيان ما يملكه المضارب، وما لا يملكه

وإذا دفع مالًا مضاربة بالنصف، ولم يزد على هذا، فهذه مضاربة مطلقة. وله أن يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات؛ لأن المطلق [يتناول](١) كلها وله أن يعمل ما هو من عادات التجار كالإبضاع والإيداع، واستئجار الأجير للعمل في المال؛ لأنه لا يتوصل إلى الربح إلا بذلك، وذلك من عادات التجار.

وكذلك يستأجر البيوت لحفظ الأموال، والسفن والدواب، وله أن يبيع بالنقد والنسيئة.

وله أن يوكل بذلك، بكل ما كان المضارب أن يفعله، فله أن يوكل؛ لأن التوكيل داخل تحت العقد؛ لأنه يتوصل إلى المقصود به.

وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة، من مال المضاربة وأن يرهن كذلك؛ لأنه يملك الإيفاء، والاستيفاء، والرهن للإيفاء والارتهان للاستيفاء.

ولو استدان المضارب على رب المال لم يجز؛ لأن العقد انعقد على مال مقدر، ومتى نفذت الاستدانة عليه، ازداد المحل على ما يتناوله العقد، وهذا لا يجوز.

فإن رهن به من متاع المضاربة شيئًا ضمنه؛ لأن الدين لزمه خاصة فإذا رهن(٢) يصير كأنه أوفى بمال المضاربة دين نفسه [فيلزمه](٣) فيضمن.

وإن كان رب المال أذن له في الاستدانة، كان الدين عليهما نصفين ولو باع شيئًا وأخر الثمن، جاز.

وأما على قول أبي حنيفة ومحمد، فلأن الوكيل يملك ذلك، فالمضارب أولى، إلا أن الوكيل يضمن إذا أخر، والمضارب لا يضمن؛ لأن المضارب يملك أن يعقد

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: رضي.
(٣) سقط في أ.

العقد، ثم يبيعه بالنساء، والوكيل لا يملك ذلك.

وأما عند أبي يوسف رحمه الله: تأخير المضارب، للفقه الذي ذكرنا، أنه يملك الإقالة ثم البيع [بالنسيئة](١)، والوكيل لا يملك ذلك.

وأما عند أبي حنيفة رحمه الله: تأخير المضارب للفقه الذي ذكرنا أنه يملك الإقالة، ثم البيع والوكيل يملك(٢) ذلك.

فلو احتال على رجل أيسر أو أعسر فهو جائز؛ لأن الحوالة من عادات التجار، وليس له أن يقرض؛ لأنه تبرع، وكذلك لا يأخذ سفتجة؛ لأن هذا استدانة على رب المال، وكذلك لا يعطي سفتجة؛ لأنه إقراض إلا إذا نص على ذلك.

وله أن يسافر بالمال في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ولو نهاه رب المال أن يخرجه من تلك البلدة، فليس له أن يخرج سواء اشترى، أو لم يشتر.

والأصل في هذا: أن رب المال إذا خصص بعد العقد، فإن كان لم يشتر به شيئًا، أو كان تصرف فيه، والمال عين فتخصيصه جائز، كما لو خصص في الابتداء؛ لأنه يملك العزل في هذه الحالة فكذلك يملك النهي، عن بعض مقتضى العقد.

وأما إذا اشترى متاعًا فكل شيء استفاده المضارب بإطلاق المضاربة فليس لرب المال أن ينهاه، ولو نهاه لم يتعلق بنهيه حكم حتى ينص نحو أن يقول: لا تبع بالنسيئة؛ لأن حق التصرف ثابت، فإنه يحتاج إلى أن يبيعه ليظهر الربح، فإذا نهاه عن ذلك فقد أبطل حقه في التصرف، وعزله عنه فلم يصح، وإذا لم يملك عزله حتى ينض المال لم يملك تخصيص الإذن أيضًا؛ لأنه عزل من وجه.

فإذا ثبت هذا فنقول: إذا نهاه عن المسافرة، لم يصح نهيه على الروايات المشهورة؛ لأنه يملك السفر بإطلاق العقد، وعلى الرواية التي لا يملك المسافرة إلا بتعميم التفويض إليه، فالنهي صحيح، وأما إذا نهاه عن الشركة وخلطه بالمال جاز

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: لا يملك.

نهيه؛ لأنه بمنزلة النهي عن التصرف فيه قبل الشراء.

ولو مات رب المال، فقد انعزل المضارب من طريق الحكم سواء علم به أو لم يعلم، ولا يملك الشراء المبتدأ، ويملك بيع ما اشترى لينض المال، ولا يملك المسافرة؛ لأنه إنما يملك ثمة بالعقد، والعقد قد ارتفع بموت رب المال، وهذا بخلاف النهي عن السفر؛ لأن العقد لم يرتفع [ثمة][(١)].

ولو أن المضارب خرج بالمال بعد موت رب المال إلى مصر رب المال لم يضمن استحسانًا؛ لأن رأس المال يجب عليه تسليمه إلى الورثة فلابد من رده إلى مصرهم.

وللمضارب الأمر[(٢)] العام المعروف بين الناس، وليس له أن يعمل ما فيه ضرر، ولا يعمل به التجار، ولا أن يبيع إلى أجل لا يبيع التجار إليه، ولا أن يحمل إلى السفر المخوف الذي يخافه التجار؛ لأن مطلق الأمر ينصرف إلى ما يتعارفه الناس.

ولو دفع إليه مالًا، وقال: اعمل برأيك، ثم قال: لا تعمل برأيك فنهيه صحيح، وهذا محمول على ما إذا نهاه قبل أن يعمل فيه، وكذلك إذا قال: لا تبع من فلان، أو لا تشتر كذا وكذا، صحيح[(٣)] إذا كان قبل الشراء.

ولو دفع إلى رجلين مالًا مضاربة، وقال: اعملا برأيكما، أو لم يقل، فليس لأحدهما أن يبيع ويشتري إلا بإذن صاحبه؛ لأنه رضي برأيهما ولم يرض برأي أحدهما، فإن أذن له الشريك جاز؛ لأنه حصل العقد برأيهما.

ولو دفع إلى واحد، وأجاز ما صنع في ذلك، فاشترى به خمرًا أو خنزيرًا أو ميتة، أو مدبرًا، أو أم ولد، وهو يعلم، أو لا يعلم، فهو ضامن للدراهم التي دفع؛ لأن الأمر ينصرف إلى ما يتحقق منه الربح وذلك إنما يكون بالبيع بعد الشراء، وهذه الأشياء لا يجوز بيعها فلم يتضمنها الإذن.

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: الأمن.
(٣) في أ: صح.

ولو اشترى بيعًا فاسدًا مما يملك إذا قبض، فليس بمخالف وما اشترى على المضاربة؛ لأن الإذن عام في الصحيح، والفاسد إذا أمكن بيعه.

ولو اشترى عينًا بما[١] لا يتغابن الناس في مثله، فهو مخالف سواء قال: اعمل برأيك، أو لم يقل؛ لأن الوكيل بالشراء لا يملك الشراء بالغبن الفاحش، وقوله: اعمل برأيك يفيد التعميم فيما هو [من][٢] التجارة، ولا ينصرف إلى التبرع، وهذا تبرع من وجه.

ولو باع بما لا يتغابن الناس، فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يجوز.

على هذا الاختلاف الوكيل بالبيع، فهما يقولان الأمر والتوكيل يتقيدان بالمتعارف، وذلك من المثل كالتوكيل بالشراء، ولأن هذا بيع من وجه، تبرع من وجه، ولهذا يعتبر من الثلث، والأمر ينصرف إلى ما هو بيع من كل وجه، وأبو حنيفة رحمه الله يقول بأن الأمر مطلق، فلا يجوز التقييد مع إمكان العمل بالإطلاق.

قال أبو الحسن رحمه الله: وإذا قال: اعمل برأيك، فله أن يعمل جميع ما في هذا الباب غير الإقراض، والاستدانة، وأخذ السفاتج، والشراء بما لا يتغابن الناس فيه، وقد قيل: المضارب يملك على المضاربة ما كان تجارة من كل وجه أو[٣] من وجه [فما كان][٤] من صنيع التجار لا يملكه المضارب على المضاربة.

إذا ثبت هذا فنقول: لا يملك تزويج العبد من المضاربة بلا خلاف، وهل يملك تزويج الأمة؟ ذكر في رواية أبي سليمان رحمه الله أنه يملك[٥] في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

---

(١) في أ: مما.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: ولا.
(٤) في أ: ولم يكن.
(٥) في أ: لا يملك.

الفصل العاشر
في موت المضارب

[وإذا][(١)] مات المضارب وعليه ديون ومال المضاربة في يده معروف[(٢)]، وهي دراهم، فرب المال أحق برأس المال وحصته من الربح، وإن قال غرماء المضارب وورثته: إن الدين الذي على المضارب دين المضاربة وأنكر رب المال، فالقول قول رب المال مع يمينه، فإن أقاموا البينة على دعواهم كان دينهم في مال المضاربة اعتبارًا للثابت بالبينة كالثابت معاينة وإن لم يقم لهم بينة على ما ادعوا فلهم أن يستحلفوا رب المال على علمه.

وإن كان مال المضاربة عروضًا أو رقيقًا، فالذي يلي بيع ذلك وصي المضارب

---

(١) سقط في أ.

(٢) لا خلاف بين الفقهاء في انفساخ عقد المضاربة وبطلان الالتزامات المترتبة عليه بموت المضارب أو رب المال إذا كان مال المضاربة ناضا - أي من جنس رأس مالها -، وذلك لأن المضاربة تتضمن الوكالة، والوكالة تنفسخ بموت أحد عاقديها ولا تورث، فتتبعها المضاربة. أما إذا كان المال عروضا تجارية، فقد اختلف الفقهاء في بطلان عقد المضاربة بموت أحدهما، وذلك على قولين:

أحدهما: لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، وهو بطلان المضاربة بموت أحد العاقدين، فتباع السلع والعروض حتى ينض رأس المال جميعه، ويوزع بين ورثة المتوفى والطرف الباقي.

والثاني: للمالكية، وهو أن المضاربة لا تبطل بوفاة رب المال أو المضارب، أما رب المال إذا مات فيخلفه ورثته في المال، ويبقى العامل على قراضه إذا أراد الورثة بقاءه، وإن أرادوا فسخ العقد وأخذ مالهم كان لهم ذلك بعد نضوضه. وأما المضارب إذا مات فيخلفه ورثته في حق عمله في المضاربة، وليس لرب المال أن ينتزعه منهم إذا أرادوا العمل فيه إلا بعد أن يعملوا فيه بمقدار ما كان لمورثهم.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١١٢)، والعقود الدرية لابن عابدين (٢/ ٦٧ - ٦٨)، ورد المحتار (٥/ ٦٥٤ - ٦٥٥)، والهداية مع العناية وتكملة فتح القدير (٨/ ٤٧٠)، والفتاوى الهندية (٤/ ٣٢٩)، والخرشي (٦/ ٢١٣)، والمدونة (١٢/ ١٣٠)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٤٧٩)، والبهجة شرح التحفة (٢/ ٢٢١)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢٣٧)، والمغني، لابن قدامة (٧/ ١٧٢)، وأسنى المطالب (٢/ ٣٩٠)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٣٦)، وينظر: مادة (١٨٦٥) و (١٨٦٦) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد، المنتقى، للباجي (٥/ ١٧٤ - ١٧٥).

دون رب المال، وإن لم يكن له وصي جعل القاضي له وصيًّا، هكذا ذكر المسألة في المضاربة الكبيرة[١]، وذكر في المضاربة الصغيرة، وقال: رب المال ووصي المضارب يبيعان ذلك معًا، هذا إذا كان مال المضاربة[٢] معروفًا.

ولو أقر المضارب به في مرضه وعليه ديون الصحة، فرب المال أسوة لغرمائه، هكذا ذكر في الأصل، وإنه مشكل، إلا أن يكون تأويله أن تكون المضاربة معروفة في الصحة، إلا أنه لا يعرف مال المضاربة إلا بقوله؛ لأن المضاربة إذا كانت معروفة في حال الصحة فرب المال بمقدار رأس المال بمنزلة غريم الصحة؛ لأن رأس المال إنما صار دينًا في تركة المضارب بالمضاربة والتجهيل والمضاربة حدثتا[٣] في حالة الصحة، والتجهيل وجد معاينة، فصار بمنزلة غريم الصحة من هذا الوجه.

وفي القدوري: إذا كان لا يعرف مال المضاربة إلا بقوله، فأقر بأنه مال المضاربة، فإن لم يكن عليه دين جاز إقراره، وإن كان عليه دين الصحة لم يجز إقراره، والغريم أحق بالمال، وإذا كان عليه دين في المرض، فإن كان بدأ بالإقرار بالمضاربة فهو أولى، وإن أقر بالدين ثم بالمضاربة تحاصا؛ لأن الإقرار بالدين قد صح، وتعلق حق الغرماء بهذا المال، فإذا أقر بالمضاربة، فقد أقر بمال مستهلك، فكان إقرارًا بالدين.

* * *

(١) في أ: الكبرى.
(٢) في أ: المضارب.
(٣) في أ: حدثت.

الفصل الحادي عشر

في الرجل يأخذ لابنه الصغير مالًا مضاربة، أو يدفع مال ابنه الصغير مضاربة، وفي دفع الوصي مال الصغير مضاربة

قال في الأصل: وإذا دفع الرجل إلى الرجل مالًا مضاربة لابنه، وابنه صغير في عياله، على أن يعمل الأب معه بالمال فما رزق الله تعالى في ذلك من شيء، فللمضارب ثلثه، وللابن ثلثه والمضاربة على هذا الوجه جائزة، ومراده صبي يعقل، ويقدر على العمل، أما لو كان صبيًّا لا يقدر على العمل، لا تجوز المضاربة للابن.

فقد ذكر القدوري رحمه الله في كتابه: إذا أخذ الرجل لابنه الصغير الذي لا يعقل مالًا مضاربة؛ ليعمل هو، فالمضاربة للأب، ولا شيء للابن؛ لأن الربح يستحق إما بالمال أو بالعمل، ولم يوجد واحد منهما في حق مثل هذا الصبي.

وفي وضع المسألة في الأصل إشارة إلى هذا، فإن محمدًا رحمه الله قال: على أن يعمل الأب معه بالمال.

قال القدوري رحمه الله، وإن كان الابن يقدر على العمل فالمضاربة للابن والربح له، يريد به إذا لم يشترط عمل الأب معه [ولم يشترط له شيء من الربح بدليل مسألة الأصل، قال القدوري: فإن عمل الأب][(١)] بأمر الابن فهو متطوع، وإن كان بغير أمره فهو بمنزلة الغاصب.

وإذا دفع الأب مال ابنه الصغير مضاربة إلى نفسه فهو جائز، وإنه مشكل؛ لأن زوال يد الدافع شرط صحة المضاربة، ولم يوجد هاهنا، والجواب: زوال يده من حيث الاعتبار، وإن لم تزل يده من حيث الحقيقة؛ لأن قبل دفع المال إلى نفسه كانت يد الأب يد نيابة عن الصغير من كل وجه للحفظ، وبعد الدفع صار يده يد نفسه على المال من وجه، حتى يستفيد بهذه اليد ربحًا، وزوال اليد الثابت على رأس المال من وجه يكفي لصحة المضاربة؛ لأنا متى شرطنا زوال اليد الثابت [على رأس

---

(١) سقط في أ.

المال][(١)] من كل وجه، صارت مضاربة أبدًا، فإن يد المضارب يد رب المال من وجه.

وكذلك إذا أخذ الوصي مالًا مضاربة على الصغير الذي في عياله على أن يعمل معه، على أن يكون للوصي الثلث، وللصغير الثلث ولرب المال الثلث، فهذه المضاربة جائزة.

وإذا دفع الوصي مال الصغير إلى نفسه مضاربة، فهو جائز، وإنما جاز؛ لأن للصغير فيه نفع ظاهر؛ لأن المضارب ينمي ماله من غير عوض يستحق من ماله؛ لأن ما يستحقه المضارب من الربح يعتبر حادثًا من عمله الذي هو رأس ماله، لا من مال الصغير حتى لا يصير إجارة، وكان هذا التصرف نفعًا في حق الصغير من كل وجه.

فالوصي يملك مثل هذا التصرف في مال الصغير مع نفسه، ثم الأب إذا أخذ مال ابنه الصغير مضاربة لنفسه، أو الوصي إذا فعل وشرط عمل الصغير مع نفسه، والصغير يعقل التجارة ويقدر عليها، فسدت المضاربة؛ لأن الصغير مأذون، والصبي مأذون في [مال نفسه][(٢)] بمنزلة البالغ، ورب المال إذا كان بالغًا وشرط عمل نفسه مع المضارب، أليس إنه يفسد المضاربة كذا هاهنا.

* * *

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: ماله.

الفصل الثاني عشر
في القسمة في المضاربة

إذا كان رأس مال المضاربة ألف درهم [فربح فيها ألف درهم][(١)] فاقتسما الربح فأخذ كل واحد منهما خمسمائة والألف التي أعد لرأس المال في يد المضارب لم يأخذها رب المال، حتى هلكت في يد المضارب، فإن قسمتها باطلة، والخمسمائة التي قبضها رب المال تكون من رأس المال[(٢)]، ويؤدي المضارب الخمسمائة التي أخذها لنفسه من الربح إلى رب المال إن كان قائمًا بعينه، حتى يتم له رأس ماله، وإن هلكت في يده [رد][(٣)] مثلها على رب المال والألف التي هلكت في يد المضارب من الربح.

واعلم بأن قسمة الربح قبل قبض رأس المال موقوفة إن بقي ما أعد لرأس المال في يد المضارب، حتى قبضه [رب][(٤)] المال، كانت القسمة جائزة، وتبين أن المقسوم كان ربحا وإن هلك ما أعد لرأس المال في يد المضارب، كانت القسمة باطلة وتبين أن المقسوم كان رأس المال.

والحيلة لهما ألا تنتقض تلك القسمة أن يستوفي رب المال رأس ماله أولًا، ثم يقتسمان الربح، ثم يرد رب المال رأس المال على المضارب، ويقول: اعمل بها على المضاربة التي كانت ويكون عنده مضاربة مستقبلة.

ولو هلك المال في يد المضارب بعد ذلك لا تنتقض القسمة الأولى وعلى هذا إذا ربح[(٥)] المضارب ألفين، وأخذ كل واحد [منهما][(٦)] ألف درهم حصته من الربح،

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: ماله.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: دفع.
(٦) سقط في أ.

ثم ضاعت الألف التي أعدت لرأس المال، كان ما قبضه رب المال من حساب رأس المال[١].

ويأخذ رب المال من الألف التي قبضها المضارب نصفها لنفسه؛ لأنه ربح، والألف التي أعدت لرأس المال تهلك أمانة.

ولو أن رب المال قبض رأس المال أولًا، ثم اقتسما الربح، ثم أخذ المضارب حصته، ولم يقبض رب المال حصته حتى هلك حصة رب المال فالذي هلك يهلك عليهما، والذي بقي في يد المضارب فهو بينهما؛ لأن القسمة قد انتقضت بهلاك حصة رب المال قبل القبض وصار الحال بعد انتقاض القسمة كالحال قبل مباشرتها.

والأصل أن في قسمة المكيل والموزون إذا[٢] هلك أحد النصيبين قبل القبض تنتقض القسمة، ويعود الأمر على ما كان قبل القسمة.

يريد به إذا لم يكن المقسوم في أيديهما قبل القسمة؛ لأن هذه القسمة مبادلة من وجه، إفراز من وجه؛ لأن كل واحد لما أخذ نصفه قد تم ملكه، ونصفه ملك صاحبه عوضًا عما ترك من نصيبه على صاحبه.

فباعتبار المبادلة إذا ملك أحد النصيبين قبل القبض انتقضت القسمة، ولا ينقطع حق من هلك نصيبه عما قبض صاحبه.

وباعتبار الإفراز ينقطع، فلا ينقطع بالشك والاحتمال.

ولو هلك نصيب المضارب، ولم يهلك نصيب رب المال، لا تنتقض القسمة؛ لأنه إنما هلك المقبوض، وهلاك المقبوض لا يوجب انتقاض المبادلة كما في البيع، فإن من اشترى عبدًا بجارية، وقبض العبد، ولم يسلم الجارية حتى هلك العبد لا ينتقض، ويؤمر مشتري العبد بتسليم الجارية، ويتم البيع بينهما.

وإذا قسم المضارب ورب المال، وأقرا بها وأخذ كل واحد منهما حصته ثم

---

(١) في أ: ماله.
(٢) في أ: إن.

اختلفا، فقال المضارب: قد كنت دفعت رأس المال إلى رب المال، وأنكر رب المال ذلك، فالقول قول رب المال، ولا يكون إقرار رب المال بقسمة الربح إقرارًا بقبض رأس المال.

قوله في الكتاب: القول قول رب المال، يعني فيما يدعي المضارب على رب المال من خلوص الخمسمائة التي قبضها لنفسه؛ لأن المضارب بدعوى رد رأس المال، يدعي خلوص تلك الخمسمائة له، وانقطاع شركة رب المال فيها، ورب المال ينكر.

وأما في حق براءة المضارب عن ضمان رأس المال، القول قول المضارب؛ لأن رب المال، يقول: رأس المال في يد المضارب وقد جحد، فصار ضامنًا بجحوده، والمضارب ينكر.

ولهذا قالوا: يحلف كل واحد منهما، المضارب، ورب المال؛ لأن كل واحد منهما جعل مدعيًا، ومدعى عليه، رب المال يدعي ضمان رأس المال، والمضارب يدعي خلوص الخمسمائة التي قبضها لنفسه.

ثم إذا حلفا، انتفى الضمان عن المضارب بحلفه، وانتفى قبض رب المال رأس المال بحلفه أيضًا.

فكأن ألفًا من مال المضاربة قد هلكت، فيصرف الهلاك إلى الربح وكان ما قبضه رب المال من الخمسمائة من رأس المال، والخمسمائة التي قبضها المضارب من رأس المال أيضًا، فترد على رب المال إن كانت قائمة، وإن كانت هلكت[١] غرمها لرب المال حتى يتم له رأس المال.

وقوله في الكتاب: ولا يكون إقرار رب المال بقسمة الربح إقرارًا منه بقبض رأس المال قياسًا.

وفي الاستحسان: يكون إقرارًا بقبض رأس المال.

---

(١) في أ: هالكة.

وجه القياس: أن رب المال أقر بقسمة الربح مطلقا، ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل، والكامل من قسمة الربح هي القسمة بعد قبض رأس المال، فأما قسمة الربح قبل قبض رأس المال ناقصة لكونها موقوفة.

وجه الاستحسان: أن العرف ظاهر فيما بين التجار أنهم يحبسون المال عن المضاربين ويدعون رأس المال في أيديهم ويقسمون الربح، فصرفنا مطلق اسم القسمة إلى قسمة ناقصة بحكم العرف، وصرف مطلق الاسم إلى الناقص بحكم العرف جائز، فأما إذا اختلفا قبل قسمة الربح فقال المضارب: دفعت إليك رأس المال وهذه الألف التي في يدي ربح، وقال رب المال: لم أقبض منك شيئا، فإنه يحلف رب المال؛ لأن المضارب يدعي لنفسه شركة في الألف القائمة لما ادعى ربحًا، ورب المال ينكر، فيكون القول فيه قول رب المال مع يمينه، فإن حلف رب المال بالله ما قبض رأس المال من المضارب، أخذ الألف القائمة برأس المال، ثم يستحلف المضارب على دعوى رب المال؛ لأنه يدعي عليه ضمان رأس المال، فإن حلف برئ عن الضمان ولكن لم يثبت قبض رب المال رأس المال فيأخذ رب المال الألف القائمة من المضارب برأس المال، وإن نكل المضارب عن اليمين فقد أقر بضمان رأس المال فيأخذ رب المال الألف القائمة برأس المال، والألف الذي على المضارب يكون ربحا فيرجع رب المال على المضارب بخمسمائة منها حصته من الربح، فإن أقاما البينة على ما ادعيا، قضى ببينة رب المال، وإن أقام كل واحد منهما البينة على إقرار صاحبه بما ادعى، فإن علم أول الإقرارين من آخرهما، بأن أرخا وتاريخ أحدهما سبق فالبينة بينة الذي يدعي الإقرار الآخر، وإذا لم يعلم بأن لم يؤرخا، أو أرخا وتاريخهما على السواء فالبينة بينة المضارب. والله أعلم.

* * *

الفصل الثالث عشر
في العيب

وإذا اشترى المضارب عبدًا للمضاربة، ووجد به عيبًا، فالخصم هو المضارب، فإذا أقاما البينة أن هذا العيب كان عند البائع، رده عليه فإن ادعى البائع الرضا على المضارب، يستحلف المضارب بالله على ذلك، ما رضيت بهذا العيب، فإن نكل حتى صار مقرًّا بالرضى لا يرده على البائع، كما في الوكيل الحاضر. إلا إذا لم يمكنه الرد على البائع، يكون المشتري على المضاربة.

من مشايخنا من قال: يجب أن يكون الجواب في حق المضارب على التفصيل: إن كان الرضى بالعيب قبل القبض يلزم المضاربة، وإن كان بعد القبض لا يلزم المضاربة، إلا أن يشاء رب المال أن يكون كذلك على المضاربة؛ لأن المضارب وكيل بالشراء، والجواب في الوكيل بالشراء على هذا التفصيل.

ومن المشايخ من قال في المضارب: إذا رضي بالعيب أنه يلزم المضاربة ولا يضمن المضارب على كل حال رضي بالعيب قبل القبض أو بعده، بخلاف الوكيل [الخاص][1].

والفرق: أن الرضى بالعيب من صنيع التجار، فإنهم يرضون بالعيب إذا رأو الربح على[2] المعيب، وقد دخل تحت المضاربة التجارة مرة بعد مرة، فيدخل فيها ما كان من صنيع التجار، فأما الوكيل فلم يؤمر بالتجارة مرة بعد أخرى، فلا يكون الرضى بالعيب على المبيع لا يستحلف لا[3] المضارب ولا رب المال.

أما رب المال؛ فلأن المضارب في حق العقد بمنزلة المالك كأنه اشترى لنفسه فيكون رب المال بمنزلة الأجنبي على هذا الاعتبار.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: و.
(٣) في أ: إلا.

ولو ادعى الرضى على أجنبي لم يستحلف الأجنبي، كذا هاهنا.

فإذا لم يستحلف رب المال مع أن هذه الدعوى موجهة(١) عليه لا يستحلف المضارب بطريق الأولى(٢)، أو دعوى العيب لم يتوجه بالعيب فتسمع بينته، ويبطل حق المضارب في الرد.

وكذلك إذا أقر المضارب أن رب المال قد رضي بالعيب، صح إقراره وبطل حقه(٣) في الرد.

ولو اشترى المضارب عبدًا به عيب قد علم به رب المال، ولم يعلم المضارب فللمضارب أن يرده.

ولو كان عقد المضاربة على أن يشتري عبد فلان بعينه، ويبيعه وبه عيب قد علم به رب المال، ولم يعلم المضارب به، فليس للمضارب أن يرده.

وعلى هذا إذا اشترى عبدًا قد رآه رب المال، ولم يرد المضارب فللمضارب خيار الرؤية.

ولو [كان](٤) عقد المضاربة على أن يشتري عبد فلان بعينه، وقد كان رب المال رآه، فليس للمضارب خيار الرؤية.

إذا باع المضارب عبدًا من المضاربة فطعن المشتري فيه بعيب بعد ما قبضه، والعيب يحدث مثله، وأقر المضارب أنه كان عنده، ورد القاضي عليه بإقراره أو قبله المضارب بنفسه بغير قضاء، أو استقال المشتري فأقاله، فذلك جائز على رب المال؛ لأن أكثر ما فيه أن تكون هذه التصرفات بيعًا جديدًا في حق الثالث، ورب المال ثالث، فصار في حق رب المال كأن [المضارب](٥) اشترى للمضاربة ما باع

(١) في أ: موجبه.
(٢) في أ: أولى.
(٣) في أ: حق المضارب.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.

من مال المضاربة إلا أن المضارب يملك ذلك، وبهذا الحرف يقع الفرق بين المضارب وبين الوكيل.

ولو لم يقر المضارب بالعيب، بل أنكر، ثم صالح المشتري من العيب على شيء، إن كان قيمة المصالح عليه مثل حصة العيب من الثمن أو أكثر بحيث يتغابن الناس في مثله، يجوز، وإن كان بحيث لا يتغابن الناس في مثله، لا يجوز.

ذكر المسألة في الكتاب من غير ذكر خلاف.

فقيل: هذا الجواب على قولهما، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: يجوز.

وقيل: لا يجوز بلا خلاف.

وإذا أخر المضارب الثمن بعيب طعن فيه المشتري، فذلك جائز على رب المال بالإجماع؛ ألا ترى أنه لو حط عن المشتري بعض الثمن لأجل العيب، جاز ذلك على رب المال، فهذا أولى، بخلاف الوكيل بالبيع إذا أخر الثمن لعيب طعن فيه المشتري، حيث لا يصح التأخير عند أبي يوسف رحمه الله وعندهما: يصح بضمان.

وإن حط من غير عيب أيضًا جاز على رب المال، ولا ضمان [أيضًا][1] على المضارب، وقد مر من قبل، ثم إذا حط بعض الثمن لأجل العيب فإن كان حصة العيب من الثمن مثل ما حط أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، جاز؛ لأن هذا تجارة، وإن كان أقل [من][2] مقدار ما [لا][3] يتغابن الناس فيه، أو كان[4] الحط بغير عيب، صح الحط عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ويضمن ذلك من ماله لرب المال[5]؛ لأنه صار دينًا لرب المال على المضارب.

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: جاز.
(٥) زاد في أ: ويكون رأس المال.

وأما على قول أبي يوسف رحمه الله: لا يصح الحط، ويكون المال على المشتري على حاله، ولو أحال المشتري المضارب بالثمن على إنسان وقبل المضارب الحوالة، جاز على رب المال، ولا ضمان على المضارب، سواء كان المحال عليه [ملئ أم][(١)] المشتري أو لم يكن، بخلاف الوكيل الخاص بالبيع إذا احتال بالثمن حيث لا يجوز على قول أبي يوسف رحمه الله وعندهما: يجوز، ويضمن الوكيل [الثمن للآمر][(٢)].

* * *

(١) في أ: أم من.
(٢) سقط في أ.

الفصل الرابع عشر
في الاختلاف بين رب المال والمضارب
وإقامة البينة على ما وقع فيه الاختلاف

وإذا قال المضارب: شرطت لي نصف الربح أو ثلثه، وقال رب المال: [شرطت لك مائة من الربح، أو قال][١]: لم أشرط لك شيئًا، وفسدت المضاربة ولك أجر مثل عملك، فالقول قول رب المال مع يمينه.

وكان ينبغي أن يكون القول قول المضارب؛ لأن رب المال يدعي فساد العقد والمضارب يدعي صحة العقد، وهو الأصل في جنس هذه المسائل: أن المتعاقدين إذا اتفقا على نوع، واختلفا في صحته وفساده فالقول قول من يدعي الصحة، كما في البيع والنكاح.

وأما إذا اختلفا في نوع العقد، لا يجعل القول قول من يدعي الصحة بل يجعل القول قول صاحب المال.

ألا ترى أن صاحب المال إذا ادعى إجارة فاسدة، وادعى الآخر شراءً جائزًا، كان القول قول رب المال؛ هذا لأنهما اختلفا في نوع العقد[٢]؛ لأن رب المال ادعى إجارة فاسدة، وإنه ادعى مضاربة فاسدة.

فالمضاربة إذا فسدت كانت إجارة فاسدة، والمضارب ادعى مضاربة جائزة والمضاربة مع الإجارة عقدان مختلفان، فقد اختلفا في نوع العقد، فكان القول قول صاحب المال مع يمينه ولا يتحالفان.

ولو[٣] ادعى صاحب المال البيع، والآخر ادعى الهبة، فإنهما يتحالفان؛ لأن هناك ادعى كل واحد منهما على صاحبه عقدًا، لو أقر به يلزمه، وإذا[٤] أنكر

---

(١) سقط في أ.
(٢) زاد في أ: فالشراء مع الإجارة نوعان مختلفان وههنا اختلفا في نوع العقد.
(٣) في أ: وإذا.
(٤) في أ: وإن.

يستحلف على ذلك؛ لأن الاستحلاف يفيد ثمرته، وهو القضاء بالعقد الذي وقع النزاع فيه، وهناك ادعى كل واحد منهما على صاحبه عقدًا، لو اقر به صاحبه لا يلزمه؛ لأن رب المال ادعى على المضارب إجارة فاسدة، والإجارة الفاسدة غير لازمة، والمضارب ادعى على رب المال مضاربة، والمضاربة وإن كانت جائزة فهي غير لازمة ولرب المال فسخها خصوصًا إذا كان رأس المال ناضًّا، فالتحاف على دعوى العقد هاهنا لا يفيد ثمرته، ويعتبر حاصل الدعوى والإنكار.

وفي الحاصل: المضارب ادعى على رب المال زيادة ربح على أجر المثل، ورب المال ينكر، فيكون القول قول رب المال.

وكذلك إذا قال المضارب: شرطت لي نصف الربح، وقال رب المال: شرطت لك ثلث الربح إلا عشرة، فالقول قول رب المال؛ لأنهما [لم يتفقا][1] على نوع عقد، فالمضارب ادعى مضاربة جائزة، ورب المال ادعى إجارة فاسدة؛ لأنه ادعى شرط بعض الثلث حين ادعى استثناء العشرة دراهم من الثلث، وذلك البعض مجهول لا يدرى إن كان الثلث عشرين كان المشروط له نصف الثلث، وإن كان الثلث أربعين كان المشروط [له][2] ثلاثة أرباع الثلث.

وجهالة المشروط للمضارب يوجب فساد المضاربة، والتقريب ما ذكرنا، وإن أقاما البينة في هاتين المسألتين، فالبينة بينة المضارب؛ لأنها أكثر إثباتًا.

ولو قال المضارب: شرطت لي ثلث الربح، وقال رب المال: شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم ولك [علي][3] أجر مثل عملك، فالقول قول المضارب، وله ثلث الربح؛ لأنهما اتفقا على ما يكفي لصحة المضاربة، وهو اشتراط الثلث، إلا أن رب المال بدعوى شرط الزيادة على الثلث يدعي شرطًا زائدًا يوجب فساد العقد

(١) في أ: لا يتفقان.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

فلا يقبل قوله، كما في البيع إذا اتفقا على البيع وادعى أحدهما أجلًا مجهولًا وخيارًا مجهولًا يوجب فساد العقد، وأنكر الآخر.

بخلاف قوله: شرطت لك ثلث الربح إلا عشرة؛ لأن هناك ما اتفقا على ما يكفي لصحة العقد؛ لأن الكلام المقرون بالاستثناء تكلم بما وراء المستثنى، وذلك مجهول على ما مر، وجهالة المشروط يمنع صحة العقد.

وإذا ادعى رب المال البضاعة، وادعى المضارب مضاربة صحيحة أو فاسدة، فالقول قول رب المال، فإذا أقاما البينة فالبينة بينة المضارب.

وكذا لو ادعى [رب المال مضاربة أو بضاعة، وادعى الذي في يديه المال أنه أقرضني، فإن الربح كله لي، فالقول قول رب المال، والبينة بينة المضارب.

فرع على المسألة الثانية، فقال: إذا هلك المال في يد العامل بعد ما اختلفا على ما بينا، فالمضارب يضمن جميع ما في يديه لرب المال، علم أو لم يعلم؛ لأنه ادعى ما كان أمانة عنده لنفسه، فصار جاحدًا، والأمانة تضمن بالجحود، هكذا ذكر محمد في الأصل.

قال مشايخنا: هذا الجواب صحيح فيما إذا ادعى رب المال البضاعة، أو ادعى المضاربة الفاسدة، فأما إذا ادعى رب المال مضاربة صحيحة، بأن ادعى شرط النصف أو شرط الثلث لا يصح هذا الجواب، وينبغي ألا يضمن المضارب في هذه الصورة جميع ما في يده لرب المال، وإنما يضمن ما وراء المشروط له بزعم رب المال، فكيف يضمن ذلك لرب المال.

ولو ادعى رب المال القرض، وادعى العامل المضاربة، فالقول قول رب المال، فإن هلك المال في يده قبل العمل، فلا ضمان عليه؛ لأنه لو ضمن ضمن بالقبض، وقد اتفقا على أن القبض بإذن المالك، سواء كان مضاربة أو قرضًا، وإن هلك المال بعد العمل، فالمضارب يضمن؛ لأن العمل في مال الغير سبب للضمان، إلا إذا كان العمل بإذن صاحب المال وهاهنا لم يثبت إذن صاحب المال بالعمل؛ لأن صاحب

المال يقول: أقرضتك وقد عملت في ملكي لا بإذني، والمضارب يقول: عملت بإذنك.

وإذا لم يثبت إذن صاحب المال، عمل فيه بقضية الأصل وهو الضمان وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة رب المال، ضاع المال قبل العمل أو بعده.

ويكون هذا من باب العمل بالبينتين، يجعل كأنه دفع إليه المال مضاربة ثم أقرضه، وهناك إذا هلك المال قبل العمل أو بعده، فإن الآخذ ضامن فهاهنا كذلك.

ولو ادعى رب المال الغصب، وادعى المضارب المضاربة، وقد هلك المال في يد المضارب، إن هلك قبل العمل، فلا ضمان عليه، وإن هلك بعد العمل، فهو ضامن، وإن أقاما جميعًا البينة على ما ادعيا من ذلك فالبينة بينة المضارب هلك بعد ما عمل أو قبل أن يعمل، حتى لا يجب الضمان في الوجهين جميعًا، بخلاف ما إذا ادعى المضارب المضاربة، وادعى رب المال القرض، فإن هناك البينة بينة رب المال.

والفرق: أن ثمة طريق العمل بالبينتين تقديم المضاربة؛ لأن المضاربة ترد على الغصب، فإن الدراهم المغصوبة إن كانت في يد الغاصب على حالها، فقال له رب المال: اعمل بها مضاربة، جاز.

فأما الغصب لا يرد على المضاربة؛ لأن المضارب لا يصير غاصبًا لمال المضاربة إلا بالخلاف، ولم يدع رب المال الغصب ليمكننا العمل بالبينتين.

ولو عاينا أنه غصب منه ثم جعله صاحب المال مضاربة في ذلك بالنصف فلا ضمان، كذلك هاهنا.

وفي المنتقى عن محمد: إذا قال العامل: أخذت منك غصبًا، فالربح لي بالضمان، وقال رب المال: إنما أمرتك أن تعمل به، فالقول قول رب المال، فالبينة بينة رب المال أيضًا.

ولو أقام رب المال بينة][1] على إقرار العامل أنه أخذه بضاعة وأقام العامل بينة على إقرار رب المال أنه أخذه غصبًا، فالبينة بينة رب المال.

علل فقال: لأن[2] الغصب يكون بضاعة بعد أن يكون غصبًا.

وهذا إذا لم يعلم أي الإقرارين أول، فإن علم فالبينة بينة صاحب الإقرار الثاني.

وإذا ادعى أحدهما العموم في المضاربة، والآخر الخصوص فيها، فاعلم بأن العموم في المضاربة كما يثبت بالتنصيص عليه، يثبت بمقتضى لفظة المضاربة.

وإذا قال المضارب: دفعت إلي المال مضاربة بالنصف، ولم تسم شيئًا، وقال رب المال: دفعت مضاربة في البزّ أو في الطعام، فإن كان قبل التصرف، فالقول قول رب المال، ويجعل إنكار رب المال العموم نهيًا له عن العموم، ولو ثبت العموم بالنص، أو اتفاقهما، ثم نهاه رب المال عن العموم قبل التصرف عمل نهيه، فهاهنا أولى.

وإن كان هذا الاختلاف بعد التصرف، فالقول قول المضارب مع يمينه استحسانًا.

وإن كان رب المال يدعي العموم، فالقول قوله قياسًا واستحسانًا؛ وهذا لأن رب المال بقوله: دفعت المال مضاربة في البزّ أو في الطعام يدعي تعيين موجب المضاربة، وأنكر المضارب ذلك.

بيانه: أن موجب عقد المضاربة العموم؛ لأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض كلها، [فإنها تحتاج إلى الضرب في الأرض كلها][3]، بجميع أنواع التجارات، لا لنوع منها، فإن نوعًا منها يوجد في بعض الأرض، فدعوى رب المال الخصوص دعوى تغيير موجب العقد من هذا الوجه.

---

(١) من قوله: «رب المال مضاربة أو بضاعة. . .» إلى هنا، سقط في أ.
(٢) في أ: إن.
(٣) سقط في أ.

فإن أقاما البينة، فإن وقتا وقتين أحدهما قبل صاحبه يقضى ببينة التي تثبت آخر الأمرين، ويكون هذا من باب العمل، بالبينتين؛ لأن العمل بهما ممكن بأن يجعل كأنه أذن له بالعموم أولًا، ثم نهاه عن العموم وأذن له بالخصوص، أو أذن له بالخصوص أولًا، ثم أذن له بالعموم.

وإن لم يوقت البينتان وقتًا، أو وقتا وقتين على السواء، أو وقتت إحداهما وقتًا دون الأخرى، قضى ببينة رب المال؛ لأنه تعذر القضاء بهما، لا معًا؛ لأنهما لا يقعان معًا، ولا على الترتيب؛ لأن الشهود لم يشهدوا بالترتيب، وإذا تعذر القضاء بالأمرين، تعذر العمل بالبينتين، فيعمل ببينة رب المال؛ لأنها تثبت ما ليس بثابت، هكذا ذكر في الأصل.

وفي القدوري: إذا أقاما البينة، فإن نص شهود المضارب أنه أعطاه مضاربة في كل تجارة، فالبينة بينته، وإن لم يشهدوا بهذا الحرف، فالبينة بينة رب المال.

وإذا اتفقا على [الخصوص، واختلفا في النوع الذي وقع فيه][1] الخصوص، فالقول قول رب المال؛ لأنهما اتفقا على تعيين العقد، والإذن يُستفاد من جهة رب المال، فكان القول قوله.

وإن أقاما جميعًا البينة، الجواب على التفصيل الذي مرّ في الفصل المتقدم.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال المضارب: أمرتني أن أخرج إلى جميع البلدان، أو قال: لم تأمرني بشيء.

وقال رب المال: أمرتك أن تخرج إلى البصرة وحدها، فالقول قول المضارب.

ولو قال المضارب: أمرتني أن أخرج إلى البصرة، والكوفة، وقال رب المال: إلى البصرة وحدها، فالقول قول رب المال.

وإذا اختلف رب المال والمضارب في رأس المال، فقال رب المال: رأس المال ألفان، وشرطت لك ثلث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف وشرطت لي

---

(١) سقط في أ.

النصف، فالقول قول المضارب في قدر رأس المال، والقول قول رب المال فيما شرط له من الربح.

وكان أبو حنيفة يقول أولًا: القول قول رب المال فيهما، وهو قول زفر؛ لأنهما اتفقا على أن جميع المال مال المضاربة، والمضارب يدعي استحقاقًا لنفسه، ورب المال ينكر، فالقول قوله.

ووجه قوله - وهو قولهما -: أن الاختلاف وقع في قدر المقبوض أولًا، والمضارب ينكر زيادة القبض، فكان القول قوله.

ألا ترى أنه لو أنكر القبض أصلاً، كان القول قوله، فأما في مقدار ما شرط له من المال، فالقول قول رب المال؛ لأنه يستفاد بشرطه وهو منكر الشرط في الزيادة.

ولو كان في يد المضارب قدر ما ذكر أنه قبض من رأس المال، أو أقل، فالقول قول المضارب عندهم.

ولو جاء المضارب بثلاثة آلاف، فقال: ألف من ذلك رأس المال وألف ربح، وألف هي بضاعة، أو وديعة، أو دين، فالقول في البضاعة والوديعة والدين قول المضارب في الأقاويل كلها؛ لأن كل من كان في يده شيء، فالقول فيه قوله، إلا أن يقر لغيره وعليه اليمين.

ومن أقام منهما بينة على ما ادعى من فضل، قبلت بينته؛ لأن رب المال يدعي فضلاً من الربح، والبينات شرعت للإثبات.

وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، وأشهد عليه في العلانية أنها قرض يتوثق بذلك حتى يجتهد المضارب في حفظ المال، مخافة أن يأخذه رب المال بالقرض، فعمل المضارب في المال وربح أو وضع، فإن تصادقا أن القرض كان تلجئة في الظاهر، وأن الثابت في الباطن هو المضاربة، كان كما تصادقا؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما، وإن اختلفا في ذلك فقال رب المال: كان القرض حقيقة، ولم يكن تلجئة، وقال المضارب: لا بل كان القرض تلجئة، والثابت في الحقيقة

المضاربة، وأقام المضارب بينة على ما قال، فهذا وما لو تصادقا أن القرض كان تلجئة سواء.

ولو شاهد شاهدان بالمضاربة، ولم يزيدا على ذلك، فالقرض أولى؛ لأن بينة القرض أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت العين.

ولو[1] شهد شهود المضاربة أن القرض كان تلجئة، وأن الثابت حقيقة المضاربة، فشهادتهم أولى؛ لأنهم عرفوا ما عرفه الفريق الآخر وزيادة.

* * *

(١) في أ: وإن.

الفصل الخامس عشر
في هلاك مال المضاربة

وإذا دفع إلى إنسان مالًا مضاربة وهلك(١) قبل التصرف، بطلت المضاربة؛ لأن العقد انعقد على المال المعين في العقد، فإذا هلك محل العقد بطل(٢).

والقول قول المضارب في هلاكها إن لم يعلم ذلك مع يمينه؛ لأنه بمنزلة المودع.

ولو استهلك رأس المال أو [أنفقه أو أعطاه](٣) رجلًا فاستهلكه لم يكن له أن يشتري عليه شيئًا؛ لأنه صار مضمونًا عليه بالتعدي.

ومن حكم المضارب(٤) أن يكون أمينًا، فإن أخذه من الذي استهلك كان له أن يشتري على المضاربة. رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه أخذ العوض فصار بمنزلة الثمن.

وروى محمد رحمه الله: أن المضارب إذا أقرضها رجلًا، فإن رجعت إليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة؛ لأن الضمان قد استقر بهلاك العين، وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان.

وقال أصحابنا جميعًا رحمهم الله: إذا اشترى بالألف المضاربة جارية، ولم ينقد

---

(١) في أ: فهلك.

(٢) إذا هلك مال المضاربة في يده، بسبب تعديه أو تقصيره أو تفريطه، فإنه يضمنه، وإلا فالخسران والضياع على رب المال، دون العامل؛ لأنه أمين، كالوديع. ولو هلك في يده من غير تفريط، لا يضمنه؛ لأنه متصرف فيه بإذن مالكه، على وجه لا يختص بنفعه. وإذا أتلف العامل مال القراض والمضاربة ضمنه، ووجب عليه بدله، لكن يرتفع القراض؛ لأنه وإن وجب عليه بدله، لكن لا يدخل في ملك المالك إلا بالقبض، فيحتاج إلى استئناف القراض.

ينظر: القوانين الفقهية، ص (١٨٦)، وروضة الطالبين (٥/ ١٣٩)، وكشاف القناع (٣/ ٥٢٢، ٥٢٣).

(٣) في أ: أنفقها أو أعطاها.

(٤) في أ: المضاربة.

الثمن حتى هلك، رجع على رب المال، ويكون رأس ماله ألفين فإن هلك ثانيًا رجع عليه، وكذلك كلما هلك قبل النقد، ويكون رأس ماله جميع ما غرم مع الألف.

فرق بين هذا، وبين الوكيل بالشراء إذا اشترى، وقبض الثمن من الموكل، ثم هلك قبل أن ينقده البائع، لم يرجع على الموكل ثانيًا؛ لأن المضارب مأمور بالتصرف مرة بعد أخرى، فلم يتناه موجب العقد بالنقد، فكان له أن يرجع، فأما الوكيل بالشراء، فقد تناهى موجب الوكالة في حقه بالشراء، ووجب له على الآمر مثل ما وجب للبائع عليه، فإذا قبض مرة لم يجب له الحق ثانيًا.

وإنما اعتبر ما غرم من رأس المال؛ لأن عقد المضاربة لتحصيل الربح فإذا لم يعتبر من رأس المال، وهلك مجانًا، يخسر رب المال، ويربح المضارب، وهذا لا يجوز.

ولو تصرف المضارب في الألف التي[(١)] صارت ألفين، ثم اشترى بهما جارية ثمنها ألفان فهلكت الألفان قبل أن ينقد، رجع على رب المال بألف وخمسمائة، ويغرم المضارب [من ماله خمسمائة][(٢)]؛ لأن الربح قد حصل وظهر ملك المضارب في ربع الجارية فيغرم حصته، وذلك الربع من الثمن فيكون ثلاثة الأرباع على رب المال، ويخرج ربع الجارية من المضاربة، وأما ثلاثة الأرباع فهي للمضاربة؛ لأن ضمان رب المال لا يخرجه من المضاربة بخلاف ضمان المضارب؛ لأن حق المضارب يظهر في الربح، والربح لا يتحقق إلا بعد القسمة، وإذا قسم لا يجوز أن يكون للمضارب رأس مال في المضاربة، فأما نصيب رب المال فعلى حاله، ورأس ماله جميع ما ضمن، وذلك ألفان وخمسمائة، فإن بيعت الجارية بأربعة آلاف، أخذ المضارب حصة الربح، وذلك ملكه، وبقي ثلاثة آلاف، ألفان وخمسمائة من ذلك رأس المال وخمسمائة ربح، فيكون بينهما على الشرط.

---

(١) في أ: حتى.
(٢) في أ: ماله بخمسمائة.

وروي عن محمد رحمه الله في المضارب إذا اشترى جارية بألفي درهم، ألف ربح، وقيمتها ألف، فضاعت الألفان قبل أن ينقد البائع أن على المضارب[١] الربع، وهو خمسمائة، وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا.

ولو كانت الجارية تساوي ألفين، والشراء بألف، وهي مال المضاربة فضاعت، غرمها رب المال كلها؛ لأن الشراء وقع بما هو رأس المال والربح إنما يظهر في الثاني، فيكون الضمان على رب المال.

ولو اشترى جارية تساوي ألفين، بأمة تساوي ألفًا، وقبض التي اشترى، ولم يدفع أمته حتى ماتتا، فإنه يغرم من قيمة التي اشترى عليه من ذلك خمسمائة؛ لأنهما لما هلكا، قد انفسخ العقد فوجب عليه رد ما اشترى وقد عجز فيغرم القيمة، وهي ألفان، فكان المضمون ألفين، فيصير كأنه اشترى بألفين فيضمن ربعها.

ولو كانت قيمة التي اشتراها ألفًا، وقيمة الأمة التي كانت عنده ألفين فقبض التي اشتراها، ثم هلكتا لا يرجع على رب المال؛ لأن المضمون هاهنا قيمة التي اشتراها، ولا فضل في ذلك على رأس المال.

وإنما يجوز للمضارب أن يشتري جارية قيمتها ألف بألفين، إذا قال رب المال: اشتر بالقليل والكثير، وإلا فشراء المضارب على هذا الوجه لا يجوز.

وقد أشار أبو الحسن إلى أن محمدًا رحمه الله يعتبر المضمون على المضارب، الذي يغرمه، دون ما وجب عليه الثمن، يريد بهذا أن المضارب إذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك كان المعتبر ما يجب عليه ضمانه[٢]، فإن كان ما يضمنه زائدًا على رأس المال، كان للمضارب حصة ذلك، وإلا فلا.

وروي عن محمد رحمه الله، رواية أخرى بخلاف هذا.

ولو اشترى المضارب عبدًا بألف درهم، ونقد المال، فقال رب المال: اشتريته

---

(١) في أ: البائع.
(٢) في أ: ضمان.

على المضاربة ثم ضاع، وقال المضارب: لا بل اشتريته بعد ما ضاع المال، وكنت أرى أن المال عندي، فالقول قول المضارب؛ لأن الأصل في كل ما يشترى أن يعتبر مشتريًا لنفسه حتى يقوم الدليل بخلافه.

ولو أقاما البينة، فالبينة بينة المضارب.

ولو قال رب المال: ضاع قبل الشراء، وقال المضارب: لا بل بعد الشراء، فالقول قول رب المال؛ لأن المضارب يدعي وقوع العقد له ليرجع عليه بالثمن ورب المال ينكر، فالقول قوله. فإن أقاما البينة، فالبينة بينة المضارب؛ لأنها توجب الضمان، فكانت أولى.

وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها ألف درهم، ولم ينقدها حتى اشترى بها عبدًا على المضاربة، وقال: أبيع الجارية وأنقد الثمن، فإنه يصير مشتريًا العبد لنفسه، لا للمضاربة؛ لأنه اشترى العبد بعد ما فني مال المضاربة؛ لأن الدراهم التي هي مال المضاربة صارت مشغولة بدين الجارية، والمشغول بالدين، كالزائل عن يد المديون من حيث الحكم، والمضارب إذا اشترى للمضاربة بعد ما فني مال المضاربة، صار مشتريًا لنفسه.

وإذا اشترى المضارب جارية وقد هلك مال المضاربة في يده، فقال رب المال: ضاع قبل الشراء، وصرت مشتريًا الجارية لنفسك، وقال المضارب: لا بل ضاع بعد ما اشتريت الجارية، فالجارية على المضاربة، وأنا أرجع عليك بالثمن، فالقول قول رب المال؛ لأنه أقر على رب المال بما لا يملك استئنافه للحال عليه؛ لأنه أقر عليه بالشراء، وهو لا يملك الشراء عليه في الحال؛ لأن المال هالك، ومن أقر بما لا يملك استئنافه للحال لا يقبل قوله، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المضارب.

ولو قال له رب المال: اشتريتها حال قيام المال، وصارت الجارية للمضاربة ثم ضاع المال، وقال المضارب: اشتريتها بعد ما ضاع المال، وكنت أرى أن المال عندي، فالقول قول المضارب؛ لأن المضارب أقر بما يملك استئنافه للحال؛ لأنه

ادعى الشراء لنفسه وهو يملك الشراء لنفسه بعد هلاك مال المضاربة، فيقبل قوله في ذلك، وإن أقاما البينة لم يذكر هذا الفصل في شيء من الكتب.

قالوا: ويجب أن تكون البينة بينة رب المال؛ لأن رب المال بينته تثبت ما ليس بثابت بقوله، والمضارب يثبت ما هو ثابت بقوله. ألا ترى أن في الفصل المتقدم جعلنا البينة بينة المضارب؛ لأن المضارب يثبت ببينته ما ليس بثابت بقوله، كذا هاهنا، والله تعالى أعلم.

❋ ❋ ❋

الفصل السادس عشر
في المضارب يدفع المال إلى غيره مضاربة

المضارب لا يملك دفع المال إلى غيره، إلا إذا أذن له رب المال بذلك نصًّا، بأن قال له: ادفع المال مضاربة، أو دلالة، بأن دفع المال إليه مضاربة وقال له: اعمل فيه برأيك، فما ربحت من شيء فهو بيني وبينك نصفان، فدفع المال إلى آخر مضاربة بالنصف، وربح الآخر للمضارب الثاني نصف الربح، والنصف الآخر بين رب المال والمضارب الأول نصفان.

ولو كان قال رب المال: فما كان من فضل، فهو بيني وبينك نصفان، [أو قال: فما كان من ربح فبيني وبينك نصفان](١)، فنصف الربح للمضارب والنصف لرب المال.

والفرق: أن في الفصل الأول رب المال شرط لنفسه نصف ربح ينسب إلى المضارب الأول، حيث قال: فما ربحت من شيء فهو بيننا واشتراط المضارب النصف المطلق للثاني لا ينافي شرط رب المال؛ لأنه قد بقي نصف منسوب إلى المضارب، فصار نصف الربح للثاني، والنصف الآخر بين الأول، ورب المال من هذا الوجه.

وفي الفصل الثاني شرط رب المال لنفسه النصف المطلق ولا يسلم له النصف المطلق، إلا بأن ينصرف شرط المضارب الأول(٢) النصف للثاني إلى نصيبه خاصة، فانصرف إليه وصار النصف لرب المال، والنصف للمضارب الثاني، وخرج الأول من البين.

فرع في القدوري على الفصل الثاني، فقال: لو شرط المضارب الأول للثاني ثلث الربح جاز، وكان لرب المال نصف الربح كما شرط، وللمضارب الثاني ثلث

---

(١) سقط في أ.
(٢) زاد في أ: و.

الربح، وللأول سدس الربح؛ [لأن شرط الأول انصرف إلى نصيبه خاصة][١].

وإن شرط الأول للثاني ثلثي الربح جازت التسمية، وكان نصف الربح لرب المال، والنصف للمضارب الثاني، ويغرم المضارب الأول للثاني مثل سدس الربح؛ لأن شرط الثلثين للثاني [إن لم يصح في حق رب المال، صح في حق الأول وقد التزم الأول للثاني][٢] ثلثي الربح، ولم يسلم يرجع عليه بقدر ما لم يسلم بحكم الضمان.

وفرع أيضًا على الفصل الأول، فقال: لو شرط الأول للثاني ثلث الربح، أو أقل من ذلك، أو شرط له ثلثي الربح، فهو جائز.

ويكون للمضارب الثاني قدر ما شرط، وما بقي فهو بين الأول ورب المال نصفان؛ لأن في الفصل الأول المشروط لرب المال نصف ربح منسوب إلى الأول، والمنسوب إلى الأول من الربح ما وراء المشروط.

وفي المنتقى: بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، وأمره أن يعمل فيه برأيه، فدفع المضارب إلى آخر مضاربة، وقال: ما رزقني الله فبيني وبينك فنصف الربح لرب [المال][٣] والنصف الآخر بين المضاربين؛ لأن المضارب الأول شرط للثاني نصف ما رزقه الله، فالذي رزقه الله نصف الربح، فيكون للثاني نصف ذلك.

وفي القدوري أيضًا: إذا لم يقل رب المال للمضارب: اعمل فيه برأيك، فدفع المضارب إلى غيره مضاربة، فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه لا ضمان على الأول حتى يعمل به الثاني ويربح، فإن عمل ولم يربح، فلا ضمان عليه.

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله: إذا عمل، ضمن ربح أو لم يربح.

وقال زفر رحمه الله: يضمن بمجرد الدفع إلى الثاني، عمل الثاني أو لم يعمل، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله.

وعن أبي يوسف رحمه الله رواية أخرى: أنه إذا عمل الثاني، ضمن الأول إن كان فيما اشترى ربح، وإن لم يكن فيما اشترى ربح، فلا ضمان على واحد منهما.

والحاصل: أنه لا ضمان على واحد منهما قبل عمل الثاني في ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة رحمهم الله؛ لأنه لو وجب الضمان إما أن يجب بمجرد العقد ولا وجه إليه؛ لأن مجرد العقد قول، وإنه لا يؤثر في المال، ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد [العمل في][1] مال الغير، ولا يجوز أن يجب الضمان على الأول بالتسليم لأجل التصرف، وعلى الثاني بالقبض لأجل التصرف؛ لأن لهما ذلك، ألا ترى أن للمضارب أن يدفع إلى غيره بضاعة والدفع والقبض بضاعة قبض ودفع لأجل التصرف.

بعد هذا شرط أبو حنيفة رحمه الله للضمان تصرف الثاني مع الربح لا مجرد التصرف؛ لأنه متى ربح الثاني، فقد ثبت له حق الشركة في الربح، والربح ملك رب المال، وإثبات الشركة في مال الغير سبب الضمان، ألا ترى أنه متى دفع المال بضاعة إلى الثاني لم يضمن شيئًا؛ لأنه لا شركة في الربح.

وهما اكتفيا بمجرد التصرف، وقالا: إن سبب الضمان الشركة في الربح، إلا أن بمجرد التصرف ثبت للثاني الشركة على وجه لا يملك الأول الإبطال عليه، وبالبيع يظهر الربح، فكانت الشركة ثابتة حكمًا من هذا الوجه، والشركة في الربح سبب لوجوب الضمان.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في شرحه، وجعل وجوب الضمان، بمجرد العمل ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله، وجعل اشتراط الربح مع العمل،

---

(١) سقط في أ.

لوجوب الضمان رواية أبي يوسف رحمه الله.

ومتى وجب الضمان، فللمالك الخيار، إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني في قولهم جميعًا.

وهذا الجواب ظاهر على قولهما؛ لأنهما يقولان: وجوب الضمان على المودع الثاني مشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا يرى وجوب الضمان على المودع الثاني.

وها هنا أوجب الضمان على المضارب الثاني، وإنما كان كذلك؛ لأن المضارب يعمل لنفسه، والمودع لا يقبض لنفسه، فإن ضمن الأول، صحت المضاربة بينه وبين الثاني، والربح بينهما على ما شرطا.

فإن ضمن الثاني، رجع على الأول، وصحت المضاربة؛ لأن تضمين الثاني، وقرار الضمان على الأول ليضمن الأول، ولو ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول والثاني، فكذا هاهنا.

ولو قال رب المال في هذه الصورة: أنا أجيز[1] تصرفكما، وآخُذُ من الربح ما كان مشروطًا في المضاربة الأولى، ليس له ذلك ولو استهلك المضارب الثاني المال قبل أن يعمل فيه للمضاربة، فالضمان على المضارب الثاني خاصة؛ لأنه لم يوجد من الأول سوى العقد والتسليم، وكل ذلك ليس بسبب الضمان.

ولو غصب المال من المضارب الثاني غاصب، قبل أن [يعمل][2] الثاني للمضاربة، فلا ضمان على واحد من المضاربين، والضمان على الغاصب؛ لأنه لم يوجد منهما سوى العقد، والتسليم والقبض، وكل ذلك ليس سبب الضمان.

ثم المضارب إذا دفع المال إلى غيره مضاربة، ولم يكن رب المال قال للأول: اعمل فيه برأيك، فعمل به الثاني وربح، إنما[3] يجب الضمان عليهما إذا كانت

(١) في أ: أجزت.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: أنه.

المضاربتان جائزتين، فأما إذا كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما، حتى لو هلك المال في يد الثاني، فلا [ضمان عليه؛ لأن الضمان على الأول، بسبب اشتراك الثاني في الربح، وإذا كانتا فاسدتين فما](١) أثبت الأول للثاني شركة في الربح، بل استأجر الثاني ليعمل في مال المضاربة، والمضارب إذا استأجر أجيرًا ليعمل في مال المضاربة، فعمل الأجير، فلا ضمان على واحد منهما.

وكذلك إن كانت الأولى جائزة، والثانية فاسدة؛ لأن الثانية إذا كانت فاسدة، لا يثبت للثاني شركة في الربح، بل يكون أجيرًا، وللمضارب أن يستأجر أجيرًا ليعمل في مال المضاربة.

وكذلك إن كانت الأولى فاسدة، والثانية جائزة؛ لأن الأولى متى كانت فاسدة، تكون المضاربة الثانية فاسدة؛ لأنها لا تفيد الشركة في الربح؛ [لأن الربح](٢) كله لرب المال.

[إذا كانت الأولى فاسدة، فلا تفيد الثانية شركة في الربح](٣)، وكل مضاربة لا تفيد الشركة في الربح، تكون فاسدة، وإذا(٤) كانت المضاربة الثانية فاسدة، لا يثبت للثاني شركة في الربح، والضمان إنما يجب إذا ثبت للثاني شركة في الربح.

فإن قيل: إذا كانت المضاربة الثانية تفسد عند فساد الأولى، [لا](٥) يتأتى هذا القسم، وهو ما إذا(٦) كانت المضاربة الأولى فاسدة، والثانية جائزة.

قلنا: جواز الثانية في هذه الصورة أن يكون المشروط للثاني من الربح مقدار ما تجوز معه المضاربة في الجملة، بأن كان المشروط للأول من الربح مائة أو نصف

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: وإن.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: كانت.

الربح مع زيادة مائة، والمشروط للثاني نصف الربح أو ثلثه أو ربعه، ثم إذا كانت الأولى فاسدة، بأن شرط للأول مائة درهم من الربح، وشرط للثاني نصف الربح، فعمل المضارب الثاني فللمضارب الأول على رب المال أجر مثل عمله؛ لأن عمل الثاني منسوب للأول، فكأن الأول عمل بنفسه، وهناك للأول أجر مثل عمله على رب المال، كذا هاهنا.

وللثاني مثل نصف الربح الذي ربح في مال المضاربة على الأول؛ [لأن](١) الأول صار مستأجرًا للثاني بنصف ربح ما يخرج من هذا المال والأول أجير أيضًا، متى فسدت المضاربة الأولى، والأجير متى استأجر أجيرًا للعمل الذي استوجب عليه، يكون أجر الثاني على الأول.

فإن قيل: إذا كان الثاني أجيرًا، يجب أن يكون له أجر مثل عمله لا مثل نصف هذا المال، كما في الإجارة المحضة؛ لأن هذه إجارة فاسدة، ومن استأجر رجلاً ليبيع له ويشتري بهذا المال بنصف ربح هذا المال، كانت الإجارة فاسدة، فباع واشترى، كان له أجر مثل عمله، لا مثل نصف الربح الذي خرج من هذا المال؟

قلنا: المضاربة الفاسدة إن كانت إجارة معنى، فهي مضاربة لفظًا، فمن حيث إن اللفظ لفظ المضاربة، صح تسمية نصف الربح، ومن حيث إنها إجارة معنى، وجب ذلك في مال المضارب [الأول](٢) ليكون عملاً باللفظ والمعنى.

وإذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة، وقال له: اعمل برأيك، فدفع المضارب إلى غيره مضاربة، وقال: اعمل برأيك كان للثاني أن يدفع إلى الثالث مضاربة، فكان المضارب الثاني في هذا مثل الأول.

* * *

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.

الفصل السابع عشر
في نفقة المضارب

قال محمد رحمه الله: إن تصرف في مصره فنفقته في مال نفسه، وإن سافر بمال المضاربة، فنفقته في مال المضاربة. والمرجع في ذلك العرف، فإن العرف الظاهر فيما بين التجار أن المضارب ما دام في مصره ينفق من مال نفسه[١].

---

(١) اختلف الفقهاء في نفقة المضاربة: قال الكاساني: يستحق المضارب النفقة بعمله في مال المضاربة على سبيل الوجوب؛ لأن الربح في المضاربة يحتمل الوجود والعدم، والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه، فلو لم تجعل نفقته من مال المضاربة لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة إليها، فكان إقدام المضارب ورب المال على هذا العقد - والحال ما ذكر - إذنا من رب المال للمضارب بالإنفاق من مال المضاربة، فكان مأذونا له في الإنفاق دلالة، فصار كما لو أذن له به نصا، ولأنه يسافر لأجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببدل واجب له لا محالة فتكون نفقته في المال. وشرط الوجوب خروج المضارب بالمال من المصر الذي أخذ المال منه مضاربة، سواء كان مصره أو لم يكن، فما دام يعمل به في ذلك المصر فإن نفقته في مال نفسه لا في مال المضاربة، وإن أنفق منه شيئا ضمن؛ لأن دلالة الإذن لا تثبت في المصر، وكذا إقامته في الحضر لا تكون لأجل المال؛ لأنه كان مقيما قبل ذلك، فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر، سواء كان خروجه بالمال مدة سفر أو أقل من ذلك، حتى لو خرج من المصر يوما أو يومين فله أن ينفق من مال المضاربة لوجود الخروج من المصر لأجل المال، وإذا انتهى إلى المصر الذي قصده، فإن كان ذلك مصر نفسه أو كان له في هذا المصر أهل سقطت نفقته حين دخل؛ لأنه يصير مقيما بدخوله فيه لا لأجل المال، وإن لم يكن ذلك مصره ولا له فيه أهل، لكنه أقام للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما أقام فيه، وإن نوى الإقامة خمسة عشر يوما فصاعدا، ما لم يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه دار إقامة؛ لأنه إذا لم يتخذه دار إقامة كانت إقامته فيه لأجل المال، وإن اتخذه وطنا كانت إقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الأصلي، ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء بنية العود إلى المصر الذي أخذ المال فيه مضاربة فإن نفقته من مال المضاربة حتى يدخله، فإذا دخله: فإن كان ذلك مصره أو كان له فيه أهل سقطت نفقته، وإلا فلا. وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضاربة، كأجير يخدمه أو يخدم دابته؛ لأن نفقتهم كنفقة نفسه؛ لأنه لا يتهيأ للسفر إلا بهم.

وكل ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضاربة، وللعامل أن ينفق من مال نفسه ما له أن ينفق من مال المضاربة على نفسه ويكون دينا في المضاربة، حتى كان له أن يرجع فيها؛ لأن الإنفاق من المال وتدبيره إليه، فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضاربة، =

. . . .

= لكن بشرط بقاء المال، حتى لو هلك لم يرجع على رب المال بشيء - كذا ذكر محمد - لأن نفقة المضارب من مال المضاربة، فإذا هلك هلك بما فيه، كالدين يسقط بهلاك الرهن، والزكاة تسقط بهلاك النصاب. وتحتسب النفقة من الربح أولا إن كان في المال ربح، فإن لم يكن فهي من رأس المال؛ لأن النفقة جزء هالك من المال، والأصل أن الهلاك ينصرف إلى الربح، ولأنا لو جعلناها من رأس المال خاصة أو في نصيب رب المال من الربح لازداد نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال. والمراد من النفقة هنا: الكسوة والطعام والإدام والشراب وأجر الأجير، وفراش ينام عليه، وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه، وغسل ثيابه، ودهن السراج والحطب ونحو ذلك، وقال: ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة؛ لأن المضارب لا بد له منها، فكان الإذن ثابتا من رب المال دلالة، وأما ثمن الدواء والحجامة والفصد والتنور والادهان وما يرجع إلى التداوي وصلاح البدن ففي ماله خاصة، لا في مال المضاربة، وذكر الكرخي خلاف محمد أنه في مال المضاربة عنده، وذكر في الحجامة والاطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد أنه يكون في مال المضاربة على قياس قول أبي حنيفة، والصحيح أنه يكون في ماله خاصة؛ لأن وجوب النفقة للمضارب في المال لدلالة الإذن الثابت عادة، وهذه الأشياء غير معتادة، وعلى هذا إذا قضى القاضي بالنفقة يقضى بالطعام والكسوة ولا يقضى بهذه الأشياء، وأما الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والإدام، وقال بشر: سألت أبا يوسف عن اللحم فقال: يأكل كما كان يأكل؛ لأنه من المأكول المعتاد. وإذا رجع المضارب إلى مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام رده إلى المضاربة؛ لأن الإذن له بالنفقة كان لأجل السفر، فإذا انقطع السفر، لم يبق الإذن، فيجب رد ما بقي إلى المضاربة. وقدر النفقة يكون بالمعروف عند التجار من غير إسراف، فإن جاوز ذلك ضمن الفضل؛ لأن الإذن ثابت بالعادة فيعتبر القدر المعتاد. وتكون نفقة العامل في المضاربة الصحيحة لا الفاسدة؛ لأنه أجير في الفاسدة فلا نفقة له، إذ إن نفقة الأجير على نفسه.

وقال المالكية: يجوز لعامل المضاربة الإنفاق من مالها على نفسه في زمن سفره للتجارة وإقامته في البلد الذي يتجر فيه وفي حال رجوعه حتى يصل إلى وطنه، ويقضى له بذلك عند المنازعة بشروط:

الأول: أن يسافر فعلا للتجارة، أو يشرع في السفر، أو يحتاج لما يشرع به فيه لتنمية المال - ولو دون مسافة القصر - من طعام وشراب وركوب ومسكن وحمام وحجامة وغسل ثوب ونحو ذلك على وجه المعروف حتى يعود لوطنه، ومفهوم الشرط أنه لا نفقة للعامل في الحضر، قال اللخمي: ما لم يشغله عن الوجوه التي يقتات منها، أي بأن كانت له صنعة مثلا ينفق منها فعطلها لأجل عمل المضاربة، فله الإنفاق من مالها، قال أبو الحسن: وهو قيد معتبر. الثاني: ألا يبني بزوجته التي تزوج بها في البلد التي سافر إليها لتنمية المال، فإن بنى بها سقطت نفقته؛ لأنه صار كالحاضر، فإن بنى بها في طريقه التي سافر فيها لم تسقط.

الثالث: أن يحتمل مال المضاربة الإنفاق بأن يكون كثيرا عرفا، فلا نفقة في اليسير. =

وإذا سافر ينفق من مال المضاربة، ولا عرف في الأجير ينفق في مال المستأجر فيكون نفقته في مال نفسه.

= الرابع: أن يكون سفره لأجل تنمية المال، أما لو كان سفره لزوجة مدخول بها وحج وغزو فلا نفقة له من مال المضاربة، لا في حال ذهابه ولا في حال إقامته في البلد التي سافر إليها، وأما في حال رجوعه فإن رجع من قربة فلا نفقة له، وإن رجع من عند أهل لبلد له بها أهل فله النفقة؛ لأن سفر القربة والرجوع منه لله، ولا كذلك الرجوع من عند الأهل. والنفقة بالمعروف تكون في مال المضاربة لا في ذمة رب المال، ولو أنفق من مال نفسه رجع به في مال المضاربة، فإن تلف فلا رجوع له على ربه، وكذا لو زادت النفقة على المال لا رجوع له على ربه بالزائد. وللعامل أن يتخذ خادما من المال في حال سفره إن كان أهلا لأن يخدم بالشروط السابقة. وليس للعامل نفقة الدواء، وليس من الدواء الحجامة والحمام وحلق الرأس بل من النفقة. وللعامل أن يكتسي من مال المضاربة إن طال سفره حتى امتهن ما عليه، ولو كانت البلد التي أقام بها غير بعيدة، فالمدار على الطول ببلد التجر، والطول بالعرف، وذلك مع الشروط السابقة. ويوزع الإنفاق إن خرج العامل لحاجة غير الأهل والقربة مع خروجه للمضاربة على قدر الحاجة والمضاربة، فإن كان ما ينفقه على نفسه في حاجته مائة وفي المضاربة مائة فأنفق مائة كان نصفها عليه ونصفها من مال المضاربة، وإن كان ما ينفقه على نفسه في اشتغاله بالمضاربة مائتين وزع الإنفاق على الثلث والثلثين.

وقال الشافعية: لا ينفق العامل من مال المضاربة على نفسه حضرا جزما، وكذا سفرا في الأظهر كما في الحضر؛ لأن له نصيبا في الربح فلا يستحق شيئا آخر، ولأن النفقة قد تكون قدر الربح فيؤدي إلى انفراده به، وقد تكون أكثر فيؤدي إلى أن يأخذ جزءا من رأس المال وهو ينافي مقتضاه، فلو شرط له النفقة في العقد فسد، وفي مقابل الأظهر أنه ينفق من مال المضاربة بالمعروف ما يزيد بسبب السفر كالإداوة والخف والسفرة والكراء؛ لأنه حبسه عن الكسب بالسفر لأجل المضاربة، فأشبه حبس الزوجة بخلاف الحضر، وتحسب النفقة من الربح فإن لم يكن فهي خسران لحق المال.

وقال الحنابلة: ليس للمضارب نفقة من مال المضاربة ولو مع السفر بمال المضاربة؛ لأنه دخل على أن يستحق من الربح شيئا فلا يستحق غيره، إذ لو استحقها لأفضى إلى اختصاصه به حيث لم يربح سوى النفقة إلا بشرط، قال تقي الدين ابن تيمية: أو عادة فإن شرطها رب المال وقدرها فحسن قطعا للمنازعة، فإن لم يقدرها واختلفا فله نفقة مثله عرفا من طعام وكسوة؛ لأن إطلاق النفقة يقتضي جميع ما هو ضروراته المعتادة.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٠٥ - ١٠٧)، الدر المختار ورد المحتار (٤/ ٤٩٠)، والاختيار (٣/ ٢٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٥٣٠ - ٥٣١)، والشرح الصغير (٣/ ٧٠٥)، مغني المحتاج (٢/ ٣١٧)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢٣٣)، وروضة الطالبين (٥/ ١٣٥ - ١٣٦)، كشاف القناع (٣/ ٥١٦ - ٥١٧)، والمغني، لابن قدامة (٥/ ٧٢).

وكذلك لا عرف في أحد الشريكين أنه ينفق من مال صاحبه خاصة فيكون نفقته في المال المشترك.

وكذلك لا عرف في المستبضع أنه ينفق من مال البضاعة، فيكون نفقته في مال نفسه.

ثم المضارب إذا سافر بمال المضاربة فنفقته فيما يكتري كركوبه، وما ينفق على نفسه من كسوة وطعام، وماء لشربه(١)، وأجر أجير يخدمه ويفرش فراشًا ينام عليه، وعلف دابته التي يركبها، وغسل ثيابه، وشراء دابة ليركبها في مال المضاربة، وكذلك أجرة الحمام، والحلاق في مال المضاربة وأما ثمن الدواء والحجامة فهو من مال المضارب.

وكذلك [الدهن](٢) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: الدهن في مال المضاربة.

وروى الحسن رحمه الله أنه إذا احتجم أو اختضب، أو أكل فاكهة مثل ما يصنع التجار، فكذلك المضاربة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال الحسن الكرخي: وليس في الخضاب رواية عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، والظاهر أنه كالحجامة؛ لأنه غير معتاد في حق الرجال.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه سئل عن اللحم، فقال: كما تأكل وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل ويخدمه، ويخدم دوابه فنفقته في مال المضاربة، حرًّا كان أو عبدًا، إلا عبد رب المال إذا بعثه ليعينه فإن نفقته في مال رب المال خاصة، وكذلك إذا كان معه دواب رب المال بعثها معه ليحمل المتاع فنفقة الدواب في مال رب المال.

فإن أنفق المضارب من مال المضاربة على عبد رب المال أو على دابته فإن كان

---

(١) في أ: شربه.
(٢) سقط في أ.

بأمر رب المال، حسب ذلك من مال رب المال، وإن كان بغير أمر رب المال يصير ضامنًا.

فإن ربح ربحًا بدأ برأس المال، وما وراء ذلك فهو ربح يقسم بين رب المال والمضارب على الشرط، فما أصاب المضارب من الربح يقابل بما عليه من الضمان فإن كانا على السواء لا يأخذ المضارب شيئًا، ولا يؤخذ منه شيء، وإن كان نصيبه من الربح أكثر أخذ الزيادة.

قال القدوري رحمه الله: وسبيل النفقة أن تحتسب من الربح إن كان وإن لم يكن فهو من رأس المال، وما أطلق للمضارب من النفقة فذلك بالمعروف على ما هو المتعارف بين التجار، فإذا جاوز ذلك ضمن الفضل؛ لأن الإطلاق كان باعتبار العادة.

فإن أنفق المضارب من مال نفسه أو استدان على المضاربة رجع في المضاربة بذلك.

ويبدأ برأس المال ثم[١] بالنفقة ثم بالربح، وإنما بدأ برأس المال مع أن في المال دين، وسبيل الدين أن يقدم، ألا ترى أنه لو كان في المضاربة دين آخر يقدم على رأس المال؛ لأن النفقة بدل عمل المضارب، وبدل عمله من الربح، فكما يبدأ برأس المال قبل الربح، فكذا يبدأ به قبل النفقة.

وإن هلك مال المضاربة[٢]، لم يرجع على رب المال بشيء؛ لأن النفقة بدل عمله وبدل عمله في المال.

وإن كان أنفق من مال المضاربة[٣] قبل أن يشتري بها، فإن[٤] كان مال المضاربة مثلاً ألف درهم، فأنفق خمسمائة على نفسه قبل أن يشتري بها شيئًا يستوفي رب

---

(١) زاد في أ: برئ.
(٢) في أ: المضارب.
(٣) في أ: المصارب.
(٤) في أ: بأن.

المال رأس المال، وذلك ألف أولًا، وكان ينبغي أن يستوفي خمسمائة؛ لأن أكل المضارب بأمر رب المال كأكل رب المال بنفسه.

والجواب: محل النفقة الربح إلا أنه كان للمضارب أن ينفق من رأس المال قبل ظهور الربح؛ ليصير ما أنفق من رأس المال دينًا للمضاربة متى ظهر الربح، فإذا ظهر الربح، وجب استيفاء ذلك من الربح.

ولو خرج المضارب من مصره ليشتري الطعام مسيرة أقل من ثلاثة أيام، وأقام هناك مدة يبيع ويشتري، فنفقته في مال المضاربة، وإن كان يغدو ثمة، ثم يروح ويمسي في منزله، فليس بخارج من المصر، بل هو بمنزلة أهل المصر؛ لأن أهل المصر يتجرون في السوق بالنهار ويبيتون في منازلهم.

ولو نوى المضارب الإقامة في مصر من الأمصار، فنفقته في مال المضاربة، وإنما يبطل نفقته من مال المضاربة بإقامته في مصر، يتخذه دار إقامة، هكذا ذكر القدوري رحمه الله.

قال محمد رحمه الله في الأصل: إذا دفع إلى رجل مالًا مضاربة بالكوفة، وللمضارب أهل بالكوفة، وأهل بالبصرة، ووطنه فيهما جميعًا وخرج من الكوفة يريد البصرة، فله النفقة من مال المضاربة في الطريق فإذا انتهى إلى البصرة كانت نفقته في ماله، وإن لم تكن الكوفة وطنًا له فنفقته ما دام بالكوفة في ماله، فإن خرج من الكوفة مسافرًا، ثم عاد إليها فنفقته بالكوفة في مال المضاربة.

ولو سافر المضارب بماله ومال المضاربة، أو بمال رجلين فنفقته في المالين بالحصص، وإن كان أحد المالين بضاعة، فنفقته في مال المضاربة؛ لأنه متبرع بالعمل في البضاعة، فلا يعتبر السفر واقعًا لهما إلا أن يتفرغ للعمل في البضاعة، فحينئذٍ ينفق من مال نفسه، وليس له على رب البضاعة شيء إلا أن يكون أذن له المبضع بالنفقة من البضاعة؛ لأن المستبضع متبرع.

فإذا رجع المسافر إلى مصره، رد ما فضل عنده من ثياب الكسوة والطعام إلى

المضاربة؛ لأن السفر قد انقطع، فتنقطع نفقته.

وإذا كانت المضاربة فاسدة، فلا نفقة للمضارب في مال المضاربة؛ لأن المضارب في هذه الصورة أجير، والأجير لا يستحق النفقة على المستأجر.

وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى بها، وبألف من عنده عبدًا وأنفق عليه فهو متطوع، فإن رفع الأمر إلى القاضي أمره بالنفقة، ويكون قسمة، أما الأمر بالنفقة؛ لأن للقاضي ولاية على الغائب في حفظ ماله وذلك بالإنفاق هاهنا، فيأمره بالنفقة.

وأما القسمة، فلأن القاضي لما أمره بالنفقة على نصيب الغائب فقد أفرز نصيب الغائب، وهذا منه قسمة.

ولو اشترى بالألف المضاربة جارية تساوي ألفين، فالحاصل من مذهب أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما الله أن النفقة عليهما، وقال محمد رحمه الله: النفقة على رب المال.

وعلى هذا الخلاف إذا أبق فرد[1]، فالخلاف في الجعل كالخلاف في النفقة، وقد روي عن محمد رحمه الله رواية أخرى: أن رب المال إذا أبى أن ينفق، فالنفقة عليهما أرباعًا.

فرع على مسألة الجعل، فقال: على قول أبي حنيفة - رحمه الله - يخرج العبد من المضاربة، ويجبر كل واحد منهما على أن يعطي حصته من الجعل؛ لأنه لما وجب الجعل بقدر الحصة، فقد تعين حق كل واحد منهما، ولم يتعين حق المضارب في الربح إلا بعد تعيين[2] رأس المال، فكان هذا قسمة.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحسب الجعل في بيع المرابحة ويحسب فيما بين رب المال والمضارب، فإن كان هناك ربح فالجعل فيه، وإلا فهو وضيعة من رأس المال.

(١) في أ: فردها.
(٢) في أ: تعين.

الفصل الثامن عشر
فيما يشترط على المضارب من الشرط

وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، وهما بالكوفة، فإن لم يشترط على المضارب أن يعمل بالكوفة، فله أن يسافر بالمال؛ لأنه مودع في حق المال، وللمودع أن يسافر بالوديعة، إذا أمر بالحفظ مطلقًا غير مقيد بمكان، وإن شرط عليه أن يعمل بالكوفة، فليس له أن يعمل بها في غير الكوفة؛ ولأن هذا شرط مفيد من كل وجه، فيجب مراعاته، ويصير المضارب بتركه مخالفًا ضامنًا.

فالألفاظ [التي][(١)] تعتبر شرطًا ستة:

أن يقول: دفعت إليك هذا المال مضاربة، على أن تعمل به في الكوفة.

أو يقول: لتعمل به بالكوفة.

أو يقول: تعمل بالكوفة بالجزم.

أو يقول: تعملُ بها بالكوفة بالرفع.

أو يقول: فاعمل بها بالكوفة.

أو يقول: دفعت المال مضاربة بالنصف بالكوفة.

أو قال: اعمل بالكوفة، فهذا مشورة، ولا يجب مراعاته، ولو خرج بالمال من الكوفة لا يصير ضامنًا.

والأصل: معرفة الشرط من المشورة أن رب المال إذا ذكر عقيب لفظة المضاربة لفظًا لو اعتبر ابتداء لا يصح بأن كان لا يستقيم إلا أن يبدأ به، ومتى اعتبر متعلقًا بما تقدم، فإنه يصح، فإنه يعتبر متعلقًا بما تقدم، فلا يعتبر ابتداء حتى لا يلغو، وإذا ذكر كلامًا يستقيم الابتداء به لا يعتبر متعلقًا بما قبله ويصير كلامًا مبتدأ.

قلنا: الألفاظ الستة مما لا يصح الابتداء بها، لا يستقيم الابتداء بقوله: على أن

(١) سقط في أ.

تعمل بالكوفة[(١)]، وكذلك في أخواتها، إلا أن يعد ما دفع المال مضاربة، لو سكت زمانًا، ثم قال: على أن تعمل بالكوفة، فإنه لا يصح ولا يستقيم، فاعتبر معلقا بما قبلها، فصارت بمعنى الشرط.

أما قوله: اعمل بالكوفة مما يستقيم الابتداء به، وكذلك: واعمل؛ لأن الواو مما يجوز أن يبدأ به، فاعتبر كلامًا [مبتدأ][(٢)] غير متعلق بما قبله، فلم يصر شرطًا، فتثبت المضاربة مطلقة عن الشروط، ويكون قوله: اعمل بها بالكوفة، واعمل بها بالكوفة مشورة من رب المال، أشار على المضارب أنك إن فعلت كذا كان أنفع وأحسن.

وإذا خرج بالمال عن الكوفة في موضع لم يكن له أن يخرج بها من الكوفة، ولم يشتر به، ولم يبع حتى إذا رده إلى الكوفة يعود مضاربًا [وأمينًا][(٣)].

ولو اشترى بعد ذلك بالمال شيئًا، جاز شراؤه على المضاربة؛ لأنه مودع خالف من حيث الفعل، ثم عاد إلى الوفاق.

وإن اشترى بها خارجًا عن الكوفة، وباع وربح أو وضع، فالربح له والوضيعة عليه؛ لأنه صار متصرفًا بغير أمر المالك، فيكون الربح له والوضيعة عليه.

وإن اشترى ببعض المال، خارج الكوفة، وعاد بما بقي، عاد أمينًا في حق ما بقي، وما اشترى خارج الكوفة، فهو للمضاربة[(٤)]، ويصير المضارب ضامنًا لما اشترى به.

ولو شرط عليه أن يعمل في سوق الكوفة، فعمل بالمال في الكوفة، ولكن في غير سوق الكوفة، جاز على المضاربة استحسانًا؛ لأن سوق الكوفة يذكر ويراد به عرفًا الكوفة كلها، يقال: هذا الشيء يوجد في سوق الكوفة [أي: في الكوفة][(٥)]،

(١) تبيين الحقائق (٥/ ٦٠).
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: المضارب.
(٥) سقط في أ.

فصار قوله: على أن تعمل بها في سوق الكوفة، وقوله: على أن تعمل بها في الكوفة سواء.

خرج على هذا ما إذا قال: لا تعمل إلا في سوق الكوفة؛ لأنه لما قال: لا تعمل إلا في سوق الكوفة، علم أنه لم يرد بسوق الكوفة جميع الكوفة، وإنما أراد به السوق لا غير، ولا عبرة للعرف إذا جاء الصريح بخلافه.

ولو قال: على أن تشتري بها الطعام، فهذا على الحنطة ودقيقها؛ لأن الطعام متى ذكر مقرونًا بالشراء يراد به الحنطة، ودقيقها عرفًا، ولو اشترى غيرهما يصير مخالفًا.

والجواب في تخصيص المال نظير الجواب في تخصيص المصر كل ما اعتبر شرطًا للمضاربة في تخصيص المصر يعتبر شرطًا في تخصيص المال.

ولو قال: على أن يشتري من فلان، ويبيع منه، فهو على فلان خاصة وليس له أن يشتري من غيره، ولا أن يبيع من غيره.

ولو قال: على أن يشتري من أهل الكوفة ويبيع، فباع من رجل هو متوطن إلا أنه ليس بكوفي، إذا اشترى من مثل هذا الرجل جاز على المضاربة.

ولو قال: على أن يشتري بالنقد، ويبيع بالنقد، فهذا على النقد حتى لو باع بالنسيئة، أو اشترى بالنسيئة يصير مخالفًا.

وهذا الجواب: في جانب البيع ظاهر؛ لأن شرط النقد في جانب البيع مفيد في حق الآمر.

أما شرط النقد في جانب الشراء غير مفيد في حق الآمر فلا يجب مراعاته.

فمن مشايخنا من قال: إنما يصير مخالفًا بالشراء بالنسيئة إذا لم يشتر بالنسيئة مثل ما يشتري بالنقد، لما فيه من تقليل المشترى؛ لأن المشترى بالنسيئة، يكون أقل مما يشترى بالنقد.

أما إذا اشترى بالنسيئة مثل ما اشترى بالنقد، لا يصير مخالفًا.

ومنهم من قال: يصير مخالفًا من الوجهين، وإطلاق محمد رحمه الله في الكتاب

يدل [عليه؛ لأن][1] هذا الشرط مفيد في جانب الشراء أيضا؛ لأن الناس لا يتبايعون متى علموا أن في مال المضاربة دين، فيقل الربح، ومتى علموا أنه ليس في مال المضاربة دين تعاملوا به، فيكثر الربح، فيجب مراعاته.

ولو قال: على أن تبيع بالنسيئة، ولا تبيع بالنقد، فباع بالنقد فإن كان باع بالنقد بمثل ما يباع ذلك بالنسيئة، جاز؛ لأن اشتراط النسيئة في البيع، والنهي عن البيع بالنقد لا يفيد أصلاً إذا باع بالنقد بمقدار ما يباع بذلك نسيئة، فإن كان نسيئة يباع بألف وخمسمائة، ونقدًا يباع بألف، فباع هو نقدًا بألف وخمسمائة.

قال: ألا ترى أنه لو أمر رجلاً يبيعه عبده بألف درهم، وقال: لا تبع أكثر من ذلك، فإنه يجوز، وهذا مذهبنا.

وقال: زفر رحمه الله: لا يجوز.

وعلى هذا الخلاف إذا وكله أن يبيع عبده بألف درهم، فباع بألفين فإنه يجوز.

روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمهما الله: إذا قال المضارب: لم تسم لي الكوفة، وقال رب المال: سميت لك الكوفة دون ما سواها فإن دفع إليه المال بالكوفة، وهما من أهل الكوفة، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: ليس له أن يسافر بالمال، وإن كان الدافع في مصر غير الكوفة، فللمضارب أن يخرج به حيث شاء من قبل أن رب المال قد أقر بالسفر إلى وجه من الوجوه، فإذا أقر بالسفر، كان القول قول المضارب.

فإذا لم يقر، فهو كرجل دفع إلى آخر دراهم، يشتري له بها ثوبًا أو طعامًا، فليس له أن يسافر بها.

قال أبو يوسف رحمه الله: أستحسن في هذا شيئًا لا أحفظه عن أبي حنيفة رحمه الله، أنه إذا كان يذهب، ويرجع من يومه، فله ذلك.

(١) في أ: على أن.

الفصل التاسع عشر
في المضارب يجد رأس المال أنقص وصفًا وقدرًا

قال محمد رحمه الله في الزيادات: وإذا قال الرجل لغيره: خذ هذه الألف درهمًا مضاربة، فأخذها المضارب، واشترى جارية للمضاربة بألف درهم جياد، كما اقتضاه مطلق تسمية الدراهم، ثم نظر إلى الدراهم، فإذا هي نبهرجة أو زيوفًا. فإن لم يعلم بالمشار إليه وقت الدفع والأخذ، أو علم به أحدهما دون الآخر، أو علما به، ولم يعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه بحال المشار إليه، فالمشترى[1] جائز على المضاربة.

وهذا؛ لأن في المضاربة أمرًا بالتصرف وتوكيلاً، والوكالة في هذه الوجوه الثلاثة تتعلق بالمسمى على ما كتبنا في الوكالة من هذا الكتاب فكذا المضاربة.

فإن قيل: إذا تعلقت المضاربة بالمسمى، وقبض المسمى فلم يوجد قبض رأس المال والشراء قبل قبض رأس المال لا يكون للمضاربة.

قلنا: بقبض الزيوف يمكن أن يجعل قابضًا للمسمى لكونه من جنس المسمى، فكان الشراء حاصلاً بعد قبض رأس المال، فبعد ذلك إن أعطى المضارب بائع الجارية تلك الدراهم، وتجوز بها البائع، فلا رجوع للمضارب على رب المال بشيء، ويكون رأس المال (الزيوف)؛ لأنه هو الخارج عن ملك رب المال.

وإن لم يتجوز بها بائع الجارية، وردها على المضارب، يردها المضارب على رب المال، ويرجع على رب المال بالجياد؛ لأنه اشترى بالجياد بأمره، ويكون رأس مال المضاربة الجياد كما ذكرنا، فإن كان المضارب نظر إلى الدراهم قبل الشراء، وعلم أنها زيوف فاشترى بها [جارية نفذ الشراء على المضاربة والجارية على المضاربة؛ لأن مقصود رب المال الربح][2] لا عين الجارية فالربح حاصل حصل

(١) في أ: فالشراء.
(٢) سقط في أ.

الشراء بالجياد أو بالزيوف، وكان رأس المال الزيوف لما ذكرنا.

ولو كانت الدراهم التي قبضها المضارب ستوقة أو رصاصًا، فاشترى المضارب بألف درهم جياد، فهي لرب المال، ولا يكون للمضارب في الوجوه الثلاثة التي ذكرنا؛ لأن المضاربة بطلت، ولا يمكن أن يجعل قابضًا له بقبض الستوق والرصاص؛ لاختلاف الجنس، وبدون قبض رأس المال لا تصح المضاربة، ولكن [إذا][(١)] لم تصح المضاربة، صح التوكيل؛ لأن قبض الثمن ليس بشرط لصحة التوكيل فيحصل الشراء بحكم التوكيل، فكان المشترى لرب المال، وللمضارب أجر عمله؛ لأنه ابتغى عن منافعه عوضًا، ولم يحصل له العوض لما بطلت المضاربة.

ولو كانت الدراهم جيادًا إلا أنه أنقص من المسمى، بأن كانت خمسمائة مثلاً، فاشترى المضارب جارية بألف درهم، فنصف الجارية للمضاربة، ونصفها لرب المال، في الوجوه الثلاثة؛ لأن الوكالة تعلقت بالمسمى، وقد وجد قبض المسمى بمقدار النصف، فتصح المضاربة في النصف، وفي النصف الآخر صح التوكيل، فكان نصف الجارية للمضاربة، والنصف لرب المال من هذا الوجه.

فإذا باع المضارب هذه الجارية بعد ذلك وربح، فنصف الثمن لرب المال وأما النصف الآخر فيستوفي منه رب المال رأس ماله، والباقي ربح، فيكون بينهما على الشرط، وليس على المضارب أجر المثل، فيما اشترى لرب المال؛ لأنه عمل عملاً فيه شريك؛ لأنه شريك بحصة المضاربة.

فلو كان المضارب مع رب المال يعلمان أن الدراهم زيوفًا أو ستوقة أو ناقصة ويعلم كل واحد منهما [بعلم][(٢)] صاحبه بذلك، فالمضاربة تتعلق بالمشار إليه، وإن كانت الدراهم زيوفًا أو نبهرجة، فاشترى بها شيئًا كان لرب المال؛ لأن المضاربة لم

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.

تصح؛ لانعدام قبض رأس المال، ولكن صحت الوكالة، وتعلقت بالمشار إليه.

فإذا اشترى بها حصل الشراء بوكالة رب المال، فيقع لرب المال، وكان للمضارب أجر [مثل][١] عمله على رب المال لما ذكرنا.

وإن كانت الدراهم ناقصة فالمضاربة على ما قبض والوكالة كذلك حتى لو اشترى جارية بألف درهم والمقبوض خمسمائة فنصف الجارية على المضاربة ونصفها للمضارب؛ لأن باجتماع العلوم الأربعة كما تنتفي المضاربة عما زاد عن المقبوض تنتفي الوكالة عنده.

* * *

(١) سقط في أ.

الفصل العشرون

في المضارب يمتنع عن قبض الثمن ويقاضيه ويدخل فيه ما إذا امتنع عن البيع حتى يجد ربحًا

قال: وإذا باع المضارب مال المضاربة بالنسيئة، فإن كان في المال ربح أجبر المضارب على التقاضي، [وإن لم يكن فيه ربح، لا يجبر على التقاضي](١)؛ لأنه إذا كان فيه ربح فقد سلم للمضارب بدل عمله فيجبر على إتمام العمل، ومن إتمام العمل استيفاء ما وجب للمضارب من الديون على الناس، فلهذا أجبر على التقاضي.

أما إذا لم يكن في مال المضاربة ربح، فلم يسلم للمضارب بدل عمله فكان متبرعًا في تقاضي الديون، فلا يجبر.

ألا ترى أن الوكيل بالبيع والمستبضع بعد ما باعا، لا يجبران(٢) على التقاضي وطريقه ما قلنا.

ولكن يجبر المضارب على أن يحيل رب المال على الغرماء، حتى إذا طالب رب المال المشتري بالثمن لا يمنع من إيفاء الثمن إليه.

ألا ترى أن الوكيل بالبيع والمستبضع بعدما باعا، إذا امتنعا(٣) عن التقاضي أجبرا على أن يحيلا صاحب المال على المشتري، وطريقه ما قلنا.

ثم إذا كان في مال المضاربة دين، إن كان الدين في مصر المضارب لا نفقة له في مال المضاربة، وإن كان الدين في مصر آخر، فإن نفقة سفره ونفقة ذلك المصر ما دام في التقاضي في مال المضاربة، وإن طال سفر المضارب في ذلك ومقامه حتى أتت النفقة على جميع الدين، وفضل نفقته على الدين حسب له نفقته مقدار الدين،

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: يجبر.
(٣) في أ: امتنع.

وما زاد على ذلك يكون على المضارب؛ لأن الزيادة على ذلك لو لزمت رب المال، يصير المضارب مستدينًا على رب المال، والمضارب لا يملك ذلك.

وإذا باع المضارب شيئا من مال المضاربة بالنسيئة في غير مصره، وأراد المضارب أن يكون هو المتقاضي حتى تكون نفقته في مال المضاربة، وقال رب المال: أنا أتقاضى حتى لا تكون نفقته في مال المضاربة، فإن لم يكن في المال ربح فإن المضارب يجبر على أن يحيل رب المال فيكون رب المال هو المتقاضي دون المضارب، وإن كان التقاضي حقا من حقوق المضارب من حيث إنه من حقوق العقد؛ لأنا إن راعينا حق المضارب أبطلنا حق المضارب مجرد حقه في التقاضي فكان الترجيح لجانب رب المال.

وإن كان في مال المضاربة ربح، فالمضارب هو المتقاضي؛ لأن التقاضي إنما يصير إلى رب المال، إذا أمكن جبر المضارب على أن يحيل بما وجب من الديون وتعذر الجبر هاهنا؛ لأنه إنما يجبر ليحيل رب المال بجميع الدين، ولا وجه إليه؛ لأن بعض الدين ملك المضارب، والإنسان لا يجبر على أن يحيل غيره بملكه ولا وجه أن يحيله بقدر رأس المال، وحصته من الربح؛ لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض، وإنه باطل.

وإذا اشترى المضارب بالمال متاعًا، فقال: المضارب أنا أمسكه حتى أجد ربحًا كثيرًا، وأراد رب المال بيعه فهذا على وجهين:

إما أن يكون في مال المضاربة فضل، بأن كان رأس المال ألفًا واشترى بها متاعًا يساوي ألفين أو لم يكن في مال المضاربة فضل بأن كان رأس المال ألفًا فاشترى بها متاعًا يساوي ألفًا.

وفي الوجهين جميعًا لا يكون للمضارب حق الإمساك من غير رضا رب المال، إلا أن يعطي رب المال رأس المال، إن لم يكن فيه فضل أو رأس المال وحصته من الربح، إن كان فيه فضل، فحينئذ له حق إمساكه.

وإذا لم يعط رب المال ذلك، ولم يكن له حق إمساكه، هل يجبر على البيع؟ فإن كان في المال فضل، يجبر المضارب على بيعه؛ لأنه سلم له بدل عمله، فيجبر على العمل.

إلا أن يقول: لرب المال أعطيك رأس المال، وحصتك من الربح، إن كان في المتاع فضل، أو يقول: أعطيك رأس المال إن لم يكن في المتاع فضل. وإذا اختار ذلك، فحينئذ لا يجبر على البيع، ويجبر رب المال على قبول ذلك نظرًا من الجانبين، ومراعاة لكلا الطرفين.

وإن لم يكن في المال فضل، لا يجبر على البيع، ويقال لرب المال: المتاع كله خالص مالك، فإما أن تأخذه برأس مالك، أو تبيعه حتى تصل إلى رأس مالك.

❊ ❊ ❊

الفصل الحادي والعشرون
في المضارب يبيع مال المضاربة مرابحة

إذا أراد المضارب أن يبيع مال المضاربة [مرابحة][١] كان له أن يضم إلى الثمن ما أنفق في حمل المال، وما أنفق على الرقيق في طعامهم وكسوتهم، وما لابد لهم منه بالمعروف، ويبيع[٢] مرابحة على الكل، ويقول: قام عليَّ بكذا، ولا يقول: اشتريت بكذا، ولا يضم إلى الثمن ما أنفق على نفسه من كسوة أو طعام.

والأصل في هذا النوع من المسائل: أن كل مؤنة ونفقة تعارف التجار إلحاقها برأس المال كان للمضارب أن يضم ذلك إلى رأس المال ويبيعه مرابحة على الكل من غير بيان، إلا أن يضم أجرة السمسار ونحوه إلى رأس المال لما جرى التعارف به.

قلنا: وقد تعارفوا إلحاق ما أنفق المضارب على المتاع برأس المال وما تعارفوا إلحاق ما أنفق على نفسه برأس المال.

* * *

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: ويبيعه.

الفصل الثاني والعشرون

في المضارب يشتري بجميع مال المضاربة متاعًا وينفق الكرى من عند نفسه

إذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى متاعًا[١] ثم حمله بمائة درهم من عند نفسه، أو قصره، فهو متطوع فيما صنع، سواء قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، أو لم يقل.

وإن صبغها[٢] فهو شريك بما زاد الصبغ فيه، ولا يضمن.

البيان: إذا كان قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، وإن لم يقل ضمن.

أصل المسألة: أن المضارب لا يملك الاستدانة على المضاربة، إلا بالتنصيص عليه، سواء قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، وقد مرت المسألة من قبل.

إذا ثبت هذا فنقول: إذا اكترى بمائة من عنده، أو قصر الثياب، فقد استدان على المضاربة، بعد استغراق رأس المال، ولم ينفذ على رب المال إذا لم يأمره صريحًا، ولا ضمان على المضارب، في قصارته؛ لأن المضارب لا يكون أشقى حالًا من الغاصب، والغاصب إذا قصر الثوب المغصوب، لا يضمن كذا هاهنا.

وإن باع المضارب الثياب بعد ذلك، ولم يربح، فالثمن كله للمضاربة ولا شيء للمضارب منه؛ لأنه ليس للمضارب في الثوب عين مال قائم وإن ربح أخذ رب المال رأس ماله، والربح يقسم بينهما على ما شرط.

وإن صبغه بعصفر أو زعفران، أو ما أشبه ذلك مما يزيد في الثوب فإن كان رب المال قال له: اعمل فيه برأيك، فالمضارب لا يضمن؛ لأنه خلط ماله بمال المضاربة، فإن الصبغ عين مال قائم يرى ويشاهد.

وإذا ضمن المضارب متى لم يقل له رب المال: اعمل فيه برأيك، كان رب

(١) لعلها: ثوبًا.
(٢) لعلها: صبغها.

الثوب بالخيار؛ لأن المضارب صبغ ثوبه بغير إذنه فكان كالغاصب وفي فصل الغصب يتخير رب الثوب؛ لأنه صاحب الأصل، فإن شاء ضمن المضارب جميع قيمة الثياب[١] أبيض يوم صبغه، وإن شاء أخذ الثياب وأعطاه قيمة ما زاده الصبغ فيه يوم الخصومة، وهذا إذا لم يكن في مال المضاربة فضل، وإن كان فيه فضل، فيقدر ما كان حصة المضارب لا يضمنه؛ لأنه بدأ [بقدر صبغ مال][٢] نفسه، والله أعلم.

* * *

(١) لعلها: الثوب.
(٢) في أ: القدر صبغ ملك.

الفصل الثالث والعشرون
في دعوى المضارب شراء المتاع لنفسه

وإذا اشترى المضارب عبدًا بألف درهم، ومال المضاربة ألف درهم وقد نقد ثمن العبد من مال نفسه، ثم قال: اشتريت العبد لنفسي وقال رب المال: اشتريته للمضاربة، فهذه المسألة على وجهين:

الأول: أن يضيف المضارب الشراء إلى المضاربة، بأن قال: اشتريت هذا العبد بمال المضاربة، وفي هذا الوجه القول قول رب المال؛ لأن إضافة المضارب الشراء إلى[1] المضاربة إقرار من المضارب أنه اشترى العبد للمضاربة دلالة؛ لأنه حصل بدل العبد مال المضاربة، والبدل أبدًا يكون لمالك البدل.

ولو أقر صريحًا بذلك، ثم قال بعد ذلك: اشتريت لنفسي، لا يصدق فكذا هاهنا.

فإن قيل: كيف يكون مقرًّا بإضافة الشراء إلى مال المضاربة، وهذه الإضافة ساقطة الاعتبار شرعًا؟

قلنا: هذه الإضافة ساقطة الاعتبار في حق استحقاق المضاف إليه فأما في حكم أحكام أخر معتبرة:

ألا ترى: أنها اعتبرت في حق بيان الصفة والمقدار.

وألا ترى: أنها اعتبرت في حق جواز العقد، إذا كان في البلد نقود مختلفة فجاز أن يعتبر في حق صيرورة المضارب مقرًا بالشراء للمضاربة.

وإذا وقع الشراء للمضاربة، فبالنقد من مال المضارب لا يتحول الشراء إليه، وكان له أن يحبس مال المضاربة بما نقد في ثمن العبد كما في الوكيل الخاص.

وأما إذا لم يضف الشراء إلى مال المضاربة، ولا إلى ماله، وفي هذا الوجه:

---

(١) زاد في أ: مال.

القول قول المضارب مع يمينه؛ لأن الأصل أن يتصرف الإنسان لنفسه، ولم يوجد هاهنا ما يدل على مخالفة هذا الأصل، لا من حيث النص، ولا من حيث الدلالة، كما في الفصل الأول، ولم يحكم النقد.

وإن كان الحال حال التكاذب، كما في حكم النقد في الوكيل الخاص حالة التكاذب؛ لأن تحكم النقد يوجب أن يكون الشراء للمضارب؛ لأنه نقد من مال نفسه، وإن اتفقا أنه لم يحضره نية وقت الشراء.

قال أبو يوسف رحمه الله: يحكم النقد.

وقال محمد رحمه الله: يكون للمضارب.

* * *

الفصل الرابع والعشرون
في نهي رب المال المضارب عن التصرف

وإذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ثم نهاه رب المال عن التصرف، عمل نهيه إذا كان رأس المال دراهم على حالها.

وإذا صار رأس المال عرضًا لا يعمل نهيه للحال، بل يقف إلى أن يصير مال المضاربة ناضًا، حتى لو باع العرض بدراهم أو بعرض جاز.

إلا أنه إذا باع بعرض آخر لا يعمل النهي، فلو باع بالدراهم يعمل النهي.

الأصل في جنس هذه المسائل أن مال المضاربة إذا كان من جنس رأس المال من كل وجه بأن كان رأس المال دراهم، ومال المضاربة دراهم، وهي في الجودة والصرف مثل رأس المال، أو رأس المال دنانير، ومال المضاربة مثلها، عمل نهي رب المال إياه عن التصرف، حتى لا يملك المضارب التصرف فيه أصلاً.

وإذا كان مال المضاربة من خلاف جنس رأس المال من كل وجه، بأن كان مال المضاربة عرضًا فنهي رب المال إياه عن التصرف لا يعمل في الحال أصلاً، بل يقف إلى أن يصير مال المضاربة مثل رأس المال.

وإذا كان مال المضاربة من جنس رأس المال من حيث الثمنية، إلا أنه من خلاف جنسه من حيث الحقيقة، بأن كان رأس المال دراهم ومال المضاربة دنانير، أو على العكس، يعمل نهي رب المال إياه عما هو شراء من كل وجه، ولا يعمل نهيه عما هو شراء من وجه، حتى لا يملك شراء العروض، ويملك صرفه بما هو من جنس رأس مال المضاربة، بأن كان مال المضاربة دراهم، ورأس المال دنانير، أو على العكس يعمل نهي رب المال إياه عما هو شراء من كل وجه ولا يعمل نهيه عما هو شراء من وجه.

وكل جواب عرفته في الفصول كلها إذا منع رب المال المضارب عن التصرف، فهو الجواب فيما إذا مات رب المال، ففي كل موضع انعزل المضارب بمنع رب

المال أو عزله ينعزل بموت رب المال، فقد سوى بين العزل القصدي والحكمي في حق المضارب.

ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح العزل الحكمي؛ لأن العزل القصدي في حق المضارب إنما لم يصح لما فيه من إبطال حق مستحق للمضارب، وكل ذلك لا يتفاوت القصدي والحكمي.

❊ ❊ ❊

الفصل الخامس والعشرون

في المضارب يدفع المال إلى رب المال بضاعة

ويدخل فيه بيع المضارب من رب المال، وبيع رب المال من المضارب

إذا دفع مال المضاربة إلى رب المال بضاعة بعضه أو كله، فاشترى بها رب المال وباع فهي مضاربة على حالها، ويصير رب المال معينًا للمضارب في العمل؛ لأنه عمل بإذنه، وعمل المعين منقول إلى المستعين، كما لو استعان بأجنبي.

وإذا انتقل عمله إلى المضارب صار كأن المضارب عمل بنفسه، ويستوي أن يكون مال المضاربة ناضًا أو صار عرضًا.

فإن كان رب المال أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير أمره وباع واشترى به، إن كان رأس المال ناضًا، فهو نقض للمضاربة، وإن صار رأس المال عرضًا، لا يكون نقضًا للمضاربة؛ وهذا لأن رب المال لا يمكن أن يجعل معينًا للمضارب، ولم يوجد من المضارب استعانة، فجعل[1] مقتضى وقوع عمل رب المال لنفسه، فلا يربو على النقض صريحًا.

ولو نقض رب المال المضاربة صريحا ومال المضاربة ناض، يعمل نقضه ولو كان رأس المال عرضا لا يعمل نقضه للحال، بل يقف إلى أن يصير مال المضاربة ناضا.

وإذا باع رب المال مال المضاربة من المضارب، أو باع المضارب ذلك من رب المال فهو جائز سواء كان في المال فضل على رأس المال، أو لم يكن. غير أنه متى باع رب المال من المضارب، بطلت المضاربة، ومتى باع المضارب من رب المال لم تبطل المضاربة، ويكون رب المال بالخيار إن شاء دفع الثمن إلى المضارب، وبقيت المضاربة على حالها، وإن شاء أمسك الثمن ونقض المضاربة؛ لأن رأس المال صار في يد رب المال في الانتهاء فيعتبر بما لو كان في يده في الابتداء، وهناك هو بالخيار إن شاء دفع حتى يبقى المضاربة، وإن شاء أمسك ونقض المضاربة.

---

(١) زاد في أ: ثبت.

الفصل السادس والعشرون
في المتفرقات

في فتاوى أبي الليث رحمه الله: دفع رجل إلى رجل مضاربة ولم يقل: اعمل في ذلك برأيك، إلا أن معاملة التجار في تلك البلاد أن المضاربين يخلطون المال، ورب المال لا ينهاهم عن ذلك، فيعمل في ذلك على معاملات الناس، وإذا غلب التعارف بينهم في مثل هذا، رجوت ألا يضمن فيكون الأمر في ذلك محمولًا على ما تعارفوا.

دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، ثم شارك المضارب رجلًا بدراهم من غير المضاربة، ثم اشترى المضارب وشريكه عصيرًا من شركتهما، ثم جاء المضارب بدقيق من المضاربة، فاتخذ منه ومن العصير فلانج ثم اتخذ الفلانج بإذن الشريك.

ينظر إلى قيمة الدقيق قبل أن يتخذ منه الفلانج وإلى قيمة العصير فما أصاب حصة الدقيق فهو على المضاربة، وما أصاب حصة العصير، فهو بين المضارب وبين الشريك، لكن هذا إذا كان رب المال أذن له أن يعمل فيه برأيه، وإن لم يكن أذن له بذلك، وفعل بغير إذن الشريك، فالفلانج له، وهو ضامن مثل الدقيق لرب المال ومثل حصة شريكه من العصير.

وإن كان أذن له رب المال في ذلك، والشريك لم يأذن له فالفلانج للمضاربة، فالمضارب ضامن [من][(١)] حصة الشريك من العصير.

وإن كان الشريك أذن له، ورب المال لم يأذن له، فالفلانج بينه وبين الشريك، وهو ضامن لرب المال مثل الدقيق.

ولو اشترى المضارب دقيقًا، وأعطاه رب المال دقيقًا آخر، وقال له: اخلطه بهذا الدقيق على سبيل ما تواضعنا، فخلط ثم باع الكل.

أما مقدار ثمن دقيق المضاربة فهو على ما اشترطا في عقد المضاربة.

---

(١) سقط في أ.

وأما ثمن الدقيق الآخر فكله لرب المال، له ربحه وعليه وضيعته وللمضارب أجر مثله ولا تصرف في بيعه.

هكذا قال الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله.

وقال: الفقيه أبو الليث رحمه الله؛ إنما يكون للمضارب أجر مثله إذا لم يكن خلط الدقيق بمال المضاربة، فأما إذا خلط فلا أجر له؛ لأنه عمل في شيء وهو فيه شريك.

وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله: مضارب نزل خانًا، ومعه ثلاثة من رفقائه، فخرج المضارب مع الاثنين، وبقي الرابع، وترك الباب غير مغلق فهلك بعض أمتعة المضارب.

إن كان الرابع ممن يعتمد عليه في حفظ المتاع، لا يضمن المضارب ويضمن الرابع، وإن كان لا يُعتمد عليه، فالمضارب يضمن[1]. كما قال ابن سلمة في أهل السوق إذ قاموا واحد بعد واحد، وترك السوق فسرق منهم شيء ضمن الآخر؛ لأنهم ائتمنوه.

وفي العيون: إذا قال المضارب: لم يدفع إلي شيئًا، ثم قال: بلى قد دفعت إلي شيئًا، ثم اشترى به يكون على المضاربة، وإن ضاع قبل أن يشتري، فهو ضامن.

والقياس: أن يضمن على كل حال، حين جحده، ويكون المشترى له.

لكني أستحسن إذا جحد ثم أقر به، ثم اشترى أن يبرأ من الضمان، وإن جحد ثم اشترى، ثم أقر فهو ضامن والمتاع له.

وكذلك الوكيل بشراء عبد بغير عينه بألف، والألف مدفوع إليه ولو كان العبد معينًا، فاشتراه في حالة الجحود، وبعد ما أقر، فهو للآمر.

ولو دفع إليه عبدًا ليبيعه فجحده، ثم أقر به فباعه، جاز وبرئ عن الضمان.

قال ابن سماعة رحمه الله: وينبغي أنه إذا باعه، ثم أقر أن يجوز أيضًا.

---

(١) في أ: ضامن.

ولا يحل للمضارب وطء جارية المضاربة، سواء كان في المال ربح أو لم يكن، وسواء أذن له بذلك، أو لم يأذن.

وهل يحل لرب المال وطؤها؟

إذا كان في الجارية فضل، لا يحل له الوطء، والدواعي لذلك؛ لأن الجارية مشترك بينه وبين المضارب.

فإن لم يكن في الجارية فضل، ذكر في المضاربة الكبيرة أنه ليس له وطؤها وذكر في المضاربة الصغيرة أحب إلي ألا يطأها.

فمن المشايخ من قال: ليس في المسألة روايتان، ولكن بين محمد رحمه الله: بما ذكره في المضاربة الصغيرة أنه أراد بما ذكر في المضاربة الكبيرة التنزيه دون التحريم.

ومنهم من قال في المسألة روايتان.

إذا زوج رب المال جارية المضاربة من المضارب، فإن كان فيها فضل على رأس المال، لا يجوز؛ لأن للمضارب فيها شركة، وإن لم يكن فيها فضل، يجوز.

وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، على أن يشتري بها الثياب ويقطعها ويخيطها بيده، على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفان، أو على أن يشتري الجلود الأدم، ويخرزها خفًا، فهو جائز على ما اشترطا؛ لأن في المضاربة معنى الشركة، ومعنى الإجارة، فأي ذلك اعتبرنا أمكن تجويزها على هذه الأعمال.

وهذا بخلاف ما لو دفع إليه دراهم على أن يحتطب ويحتش على أن ما زرق الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفان، فإن المضاربة لا تجوز، وإن كانت الإجارة على الاحتطاب تجوز؛ لأن الشركة فيها باطلة.

وفي القدوري: إذا باع رب المال مال المضاربة بمثل القيمة أو أكثر جاز؛ لأنه يصير معينًا للمضارب، وإعانة رب المال المضارب صحيحة، ولا يكون نقضًا للمضاربة.

وأما إذا باع بأقل من قيمته بغبن [يسير أو فاحش][١]، لم يجز بيعه إلا أن يجيزه المضارب.

وكذلك: إذا كان المضارب اثنين فباع أحدهما بإذن رب المال لم يجز إلا بمثل القيمة أو أكثر، إلا أن يجيز المضارب الآخر لرب المال.

إذا فسخ المضاربة، ورأس المال عروض، لا ينفذ الفسخ وإن تراضيا على الفسخ، ورأس المال عروض يصح الفسخ. ذكره شيخ الإسلام في باب شراء المضارب وبيعه.

وإذا صار رأس المال دراهم أو دنانير، ينفذ ذلك الفسخ؛ لأنه في إجارات شيخ الإسلام رحمه الله، في كيفية نقض الإجارة عند رأس الشهر.

وإن كان بعض رأس المال عرضًا، وبعضه نقدًا لا ينفذ الفسخ، ويكون موقوفًا حتى إذا صار نقدًا ينفذ الفسخ، هكذا ذكر في بعض المواضع.

دفع مالا مضاربة شهرا يجوز، ويتوقت[٢] فيما دون شيخ الإسلام رحمه الله[٣].

* * *

---

(١) في ج: بشراء فاحش.

(٢) في ج: ويتوقف.

(٣) ثبت في أ: ثم كتاب المضاربة من الذخيرة.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الإجارات(١)

هذا الكتاب يشتمل على خمسة وعشرين فصلاً:

الأول: في الألفاظ التي تنعقد بها الإجارة وفي بيان شرائطها وحكمها.

الثاني: في بيان [أنه](٢) متى يستحق الأجر.

الثالث: في الأوقات التي يقع عليها عقد الإجارة.

الرابع: في الخيار في الإجارة الثابت بالشرط وبغير الشرط ويدخل فيه بعض مسائل الشروط في الإجارة.

الخامس: في تصرف المؤاجر في الأجرة.

---

(١) الإجارة - مثلثة الهمزة - وأن لغة الكسر أفصح من لغتي الضم والفتح، وهي مصدر سماعي بوزن فِعَالَة من أجر الدار والعبد، بالقصر، من بابي نصر، وضرب، فيقال: أجر يأجر كنصر ينصر، وأجر يأجر، كضرب يضرب، وهذه لغة بني كعب، ومصدرهما القياسي: الأجر، والإجارة أيضًا اسم للأجرة، وهي الكراء، مأخوذة من الأجر، وهو ما يستحق على عمل الخير، ولهذا يدعى به، فيقال: آجرك الله أجرًا: أي: أثابك، وقد يطلق الأجر على الأجرة، ويقال أيضًا: آجرت زيدًا الدار إيجارًا، فأنا مؤجر؛ أي: أكريته إياها. وآجرت زيدًا مؤاجرة، فأنا مؤاجر، أي: عاقدته على الإجارة، ويقال: استأجرت الدار، أي: أكريتها، والعَبْدَ، أي: اتخذته أجيرًا. وأما الإجارة من السوء ونحوه، فهي مأخوذة من أجار إجارة كإيماءة وإعاذة وزنًا ومعنى، فهمزتها زائدة، بخلاف الإجارة بالمعنى السابق؛ فإن همزتها فاء الكلمة.

واصطلاحًا:

عرفها الحنفية بأنها: عقدٌ على المنافع بعِوَضٍ.

وعرفها الشافعية: بأنها تمليكُ منفعة بعوضٍ، بشروط معلومة.

وعرفها المالكية بأنها: تمليك منفعة غير معلومة، زمنًا معلومًا، بعوض معلوم.

وعرفها الحنابلة بأنها: عقد على منفعة مُبَاحة معلومة، تؤخذ شيئًا فشيئًا، مدة معلومة من عين معلومة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم، بعوض معلوم.

ينظر: الصحاح (٢/ ٥٧٢)، المصباح المنير (١/ ١١)، المغرب، ص (٢٠) المطلع، ص (٢٦٣)، فتح القدير (٩/ ٥٨)، المبسوط (١٥/ ٧٤)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٦٨)، مواهب الجليل (٥/ ٣٨٩)، شرح الخرشي (٧/ ٢)، أسهل المدارك (٢/ ٣٢١)، مغني المحتاج (٢/ ٣٣٢)، الإقناع (٢/ ٧٠)، كشاف القناع (٣/ ٥٤٦)، الإنصاف (٦/ ٣).

(٢) سقط في ز.

السادس: في المسائل التي تتعلق برد المستأجر على الآجر.

السابع: في إجارة المستأجر وإعارته.

الثامن: في انعقاد الإجارة بغير لفظة[١] الإجارة وفي الحكم ببقاء الإجارة وانعقادها مع وجودها بما ينافيها.

التاسع: في بيان ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز.

العاشر: في بيان ما يجب على المستأجر، وما يجب على الآجر.

الحادي عشر: فيما يكون الأجير مسلما مع الفراغ منه.

الثاني عشر: فيما لا يوجد فيه تسليم المعقود عليه للمستأجر.

الثالث عشر: في بيان الأعمال التي يمنع المستأجر عنها والتي لا يمنع.

الرابع عشر: في إجارة الحمام ويدخل فيه بعض مسائل الرحى[٢].

الخامس عشر: في فسخ الإجارة في العقد وبيان ما يصلح عذرا وما لا يصلح.

السادس عشر: فيما يكون فسخا للإجارة وما لا يكون وفي الأحكام المتعلقة بالفسخ.

السابع عشر: في إجارة الثياب والأمتعة والفسطاط وأشباهها.

الثامن عشر: في الإجارة للخدمة[٣].

التاسع عشر: في إجارة الظئر.

العشرون: في الإجارة على أحد الشيئين[٤].

الحادي والعشرون: في الجمع بين الوقت[٥] والعمل في عقد الإجارة.

---

(١) في أ: لفظ.
(٢) في أ: الإجارة.
(٣) في ز: الخدمية.
(٤) في أ: الشرطين.
(٥) في أ: الوقتين.

الثاني والعشرون: في الاختلاف الواقع [بين الآجر والمستأجر][1] وفي الدعاوى والخصومات وإقامة البينات[2].

الثالث والعشرون: في إجارة[3] الدواب.

الرابع والعشرون: في مسائل الضمان بالخلاف والاستعمال والضياع وغير ذلك.

الخامس والعشرون: في بيان حكم الأجير الخاص والمشترك.

* * *

(١) في ز: في المستأجر والآجر.
(٢) في ز: البينة.
(٣) في أ: إجارات.

الفصل الأول

في بيان الألفاظ التي تنعقد بها الإجارة وفي بيان شرائطها وحكمها

أما بيان ألفاظها فنقول: الإجارة إنما تنعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي نحو أن يقول أحدهما: آجرت، ويقول الآخر: قبلت، أو استأجرت، ولا تنعقد بلفظين أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول أحدهما: آجرني، ويقول الآخر: آجرت، وهذا؛ لأن الإجارة بيع المنفعة[(١)] فيعتبر ببيع العين، وفي بيع العين إنما ينعقد العقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي، ولا ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل كذا هاهنا.

ولا تنعقد بلفظة العارية أيضًا حتى إن من قال لغيره أعرتك هذه الدار شهرًا، أو من قال: كل شهر بكذا، وقبل المخاطب ذلك كانت إجارة صحيحة. ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - في كتاب الهبة، في باب العطية، وفي باب العوض في الهبة من شرح الصدر الشهيد[(٢)].

[وأما][(٣)] إذا وضعت منفعة الدار من آخر شهرا بعشرة دراهم، أو أعاره عينًا شهرًا بعشرة دراهم حكى أبو [طاهر الدبوسي][(٤)] - رحمه الله - عن أبي حنيفة

(١) المعقود عليه في الإجارة مطلقا عند الحنفية هو المنفعة، وهي تختلف باختلاف محلها. وعند المالكية، والشافعية أن المعقود عليه إما إجارة منافع أعيان، وإما إجارة منافع في الذمة. واشترطوا في إجارة الذمة تعجيل النقد، للخروج من الدين بالدين.
وعند الحنابلة محل العقد أحد ثلاثة:
الأول: إجارة عمل في الذمة في محل معين أو موصوف. وجعلوه نوعين: استئجار العامل مدة لعمل بعينه، واستئجاره على عمل معين في الذمة كخياطة ثوب ورعي غنم.
الثاني: إجارة عين موصوفة في الذمة.
الثالث: إجارة عين معينة لمدة محددة.
ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٤، ١٧٥)، والفتاوى الهندية (٤/ ٤١١)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤/ ٣)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٤٩)، والمهذب (١/ ٣٩٩)، ومنهاج الطالبين (٣/ ٦٨)، والمغني، لابن قدامة (٦/ ٨)، وكشاف القناع (٣/ ٤٦٩، ٤/ ٢ - ١٠).
(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٣٩٣)، البحر الرائق (٧/ ٢٩٧).
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في أ، ز: الظاهر الدباس.

- رحمه الله -: أنه لا يلزمه قبل استيفاء المنفعة [وبعد استيفاء المنفعة][1] يعتبر إجارة.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح كتاب الصلح: أن الإجارة تنعقد بلفظة الهبة.

وفي باب العطية من هبة الأصل: إذا قال: داري هذه لك هبة إجارة كل شهر بدرهم، أو قال: إجارة هبة فهذه إجارة في الوجهين، ولم يذكر في الكتاب أن هذه الإجارة جعلت لازمة.

وذكر الخصاف - رحمه الله -: أنها لا تكون لازمة حتى كان لكل واحد منهما أن يرجع فيها قبل القبض، وإذا سكنها يجب عليه أجر المثل، وإذا قال لغيره: بعت منك منافع هذه الدار كل شهر بكذا، أو قال: شهر بكذا، ذكر في العيون: أن الإجارة فاسدة، وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح كتاب الصلح: أن فيه اختلاف المشايخ.

وهذا؛ لأن القياس يأبى جواز هذه الإجارة؛ لأن محل حكم الإجارة المنفعة وإنها منعدمة، والمعدوم لا يصلح محلاً لحكم العقد والإضافة إليه، إلا أن الشرع ورد بجوازها إذا باشر العقد على العين بلفظ الإجارة أو باشر على المنفعة بلفظ الإجارة، وكل لفظ يختص بتمليك الأعيان لا يلحق بلفظ[2] الإجارة والبيع يختص بتمليك الأعيان فلا يلحق به، والعارية والهبة والتمليك لا يختص بتمليك الأعيان فيلحق بها، وعن هذا قلنا: إذا قال: آجرتك منافع هذه الدار شهرًا بكذا، أو قال: ملكتك منافع هذه الدار شهرًا بكذا، يجوز، فبقي لفظ[3] البيع على أصل القياس.

وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلح في آخر باب العقار: إذا ادعى رجل

---

(١) سقط في ز.
(٢) في أ: بلفظة.
(٣) في أ: بلفظة.
(٤) في أ: شقصا.

سقفا[١] من دار في يدي رجل فصالحه المدعى عليه على سكنى بيت معلوم من هذه الدار عشر سنين، جاز.

فلو آجره - يعني هذا البيت- المصالح عليه من الذي صالحه جاز عند أبي يوسف خلافًا [لمحمد][٢].

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمهما الله -: قصار شارطه رجل على أن يقصر له ثوبًا مرويًّا بدرهم، ورضي به القصار، فلما رأى القصار الثوب قال: لا أرضى به فله ذلك، قال: وكذلك الخياط.

والأصل فيه: أن كل عمل يختلف في نفسه باختلاف المحل يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المحل، [وكل عمل لا يختلف باختلاف المحل لا يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المحل][٣]، والقصار يختلف باختلاف المحل وكذلك الخياط[٤]، فلأجل ذلك أثبتنا له خيار الرؤية[٥] فيهما.

قال ثمة: وإذا استأجر رجلاً ليكيل له كر حنطة فلما رأى الحنطة قال: [لا أرضى به فليس له ذلك][٦]، خلافا لمحمد - رحمه الله - وهذا بناء على أن عند محمد - رحمه الله - يعتبر هذا العقد إجارة، وليس للمستأجر أن يؤجر من الآجر [فكذلك هنا إذا آجره من الذي صالحه لا يجوز][٧].

وأبو يوسف يقول: إن المدعي ما ملك منفعة هذا البيت بعقد، بل ترك بعض حقه وقنع بالبعض، وإنما بقيت المنفعة على أصل ملكه فيملك أن يؤجر[٨] من كل جزء.

(١) المثبت من المحيط البرهاني.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في أ: الخياطة.
(٤) في أ، ز: المحل.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) سقط في أ، ز.
(٧) في أ: يؤاجر.
(٨) في ز: قال.

ولو باع المدعي هذا السكنى بيعًا من رجل لم يجز، بعض مشايخنا، قالوا[(١)]: إنما لم يجز بيع السكنى لترك التوقيت، لا؛ لأن الإجارة لا تنعقد بلفظ[(٢)] البيع، [وقال بعضهم: لا يجوز بيع السكنى وإن كان مؤقتًا][(٣)].

قال شيخ الإسلام رحمه الله: فصل بيع السكنى مشكل عندي؛ لأن لفظ[(٤)] البيع [يملك][(٥)] بها الرقبة، وملك الرقبة سبب لملك المنفعة، فكان ينبغي أن يجوز استعارة لفظ[(٦)] البيع لتمليك المنفعة [به][(٧)] مجازًا.

قال رحمه الله: والوجه في ذلك أن المنفعة معدومة للحال وإيجادها ليس في يد البشر، والمعدوم لا يصلح محلاً لإضافة العقد إليه إلا أن الشرع أقام غير الموجود وهو الدار المنتفع[(٨)] بها مقام المنفعة في جواز إضافة الإجارة [إليها][(٩)].

إذا ثبت هذا فنقول: لفظ البيع إن أضيف إلى الدار فهو صالح لتمليك عينها فلا يجعل مجازًا عن غيره، فإن أضيف إلى المنفعة والمنفعة معدومة والمعدوم لا يصلح لإضافة العقد إليه، [سواء كانت الإضافة بلفظ الإجارة أو بلفظ البيع][(١٠)]، حتى لو قال الحر لغيره: بعتك نفسي شهرًا بكذا لعمل كذا، فهو إجارة؛ لأنه لا يصلح لتمليك عين الحر فيجعل مجازًا عن تمليك المنفعة.

هكذا ذكر محمد - رحمه الله - وإنه مشكل عندي؛ لأن علة عدم جواز البيع هاهنا لو كانت هي العدم ينبغي ألا تنعقد الإجارة بلفظ الهبة والتمليك وبالإجماع تنعقد.

---

(١) في أ: بلفظة.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في أ: لفظة.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) في أ: لفظة.
(٦) سقط في أ، ز.
(٧) في أ: المبيع.
(٨) سقط في أ، ز.
(٩) سقط في أ، ز.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح الحيل: أن الإجارة لا تنعقد بلفظ[(١)] البيع، وذكر ثمة عن الكرخي - رحمه الله - أنه كان يقول: إن الإجارة لا تنعقد بلفظ[(٢)] البيع رجع وقال: تنعقد.

في نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله: إذا قال الرجل لغيره: أعطيتك هذا العبد يخدمك سنة بكذا، جاز، وهذه إجارة.

وفيه أيضًا عن أبي يوسف - رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ثوبًا ليبيعه على أن ما زاد [على كذا][(٣)] فهو له، قال: هذا على جهة الإجارة، وهذه إجارة فاسدة، ولو ضاع الثوب من يده ضمن.

وتنعقد الإجارة بالتعاطي.

بيانه: ما ذكر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - في إجارات الأصل في باب إجارة الثياب: إذا استأجر قدورًا بغير أعيانها لا يجوز، لتفاوت بين القدور من حيث الصغر والكبر، وإن جاء بقدور وقبلها منه على الكراء الأول جاز، وتكون هذه إجارة مبتدأة بالتعاطي.

وإذا دفع داره إلى رجل على أن يسكنها ويرمها، ولا أجر عليه فهذا ليس بإجارة، بل هي عارية.

فأما بيان شرائطها فنقول: يجب أن تكون الإجارة معلومة العمل[(٤)]، إن وردت هذه الإجارة على العمل، والمنفعة إن وردت الإجارة على المنفعة، وإعلام المعقود عليه، وإعلام المعقود به، وإعلام المعقود عليه، شرط يحرز عن المنازعة كما في باب البيع.

---

(١) في أ: بلفظة.
(٢) في أ: بلفظة.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في أ، ز: والعمل.
(٥) في أ، ز: ببيان.

وإعلام المنفعة [إن كان الأجر دراهم أو دنانير فلا بد من بيان][١] القدر، وبيان الصفة، أنه جيد أو رديء، ويقع على نقد البلد إن كان في البلدة نقد واحد، ويقع على نقد البلد الذي وقع فيها [عقد][٢] الإجارة حتى إن من استأجر دابة بالكوفة إلى الدير بدراهم فعلى المستأجر نقد الكوفة، وإن كان في البلد نقود مختلفة، فإن كانت النقود في الرواج على السواء ولا فضل للبعض على البعض، أي [صرف البعض][٣] على البعض، فالعقد جائز ويعطى المستأجر أي نقد شاء وإن كانت[٤] الأجرة مجهولة؛ لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة.

وإن كانت النقود في الرواج على السواء وللبعض صرف على البعض فالعقد فاسد؛ لأن هذه جهالة تفضي إلى المنازعة، وإن كان أحدهما أروج فالعقد جائز، وينصرف[٥] إلى الأروج، وإن كان للآخر فضل عليه يحكم العرف.

وفي نوادر [بشر عن][٦] أبي يوسف - رحمه الله -: إن كانت الأجرة [فلسًا][٧] فغلا أو رخص قبل القبض فللآجر الفلس لا غير، وإن كسد فعليه قيمة المعقود عليه، وكذلك كل شيء مما يكال أو يوزن [مما ينقطع][٨] إذا استأجر بشيء[٩] منه وجعل أجله قبل انقطاعه فهو مثل الفلس، وإن كانت الأجرة مكيلاً أو موزونًا أو عددًا متقاربًا فإعلامها ببيان القدر والصفة، ويحتاج إلى بيان مكان إيفائها إذا كان لها حمل ومؤنة، وإن لم يكن به حمل ومؤنة لا يحتاج إليه، وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله.

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في ز: صرفا للبعض.
(٣) في أ: دنت، وفي ز: بقيت.
(٤) في أ: فينصرف.
(٥) سقط في ز.
(٦) سقط في أ، ز.
(٧) سقط في أ، ز.
(٨) في ز: شيئا.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: لا يحتاج إلى ذلك في الأحوال كلها، والاختلاف في هذا نظير الاختلاف في السلم؛ لأن الأجرة لا يجب تسليمها عقيب العقد، فصار نظير المسلم فيه، غير أن عندهما في باب السلم يتعين موضع العقد للتسليم، وهاهنا لا يتعين ولكن في إجارة الأرض والدار، تسليم عين الأرض والدار المستأجرة، وفي العمل بيده حيث يوقع العمل.

وفي نوادر هشام عن أبي يوسف رحمه الله: رجل استأجر أرضا بطعام إلى أجل ولم يسم أين يقبض الطعام، قال: هي جائزة في قولي، وفي قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال محمد رحمه الله: وهذا بخلاف السلم في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وإذا كانت الأجرة عروضًا أو ثيابًا يشترط فيه جميع شرائط السلم؛ لأن الأجرة نظير المسلم فيه على ما [بينا](١) فيشترط فيه جميع شرائط السلم.

يوضحه: أن وجوب الثياب دينا في الذمة عرف بالشرع بخلاف القياس، كأنما جاء الشرع بطريق السلم فيراعى جميع شرائط السلم، وهذا كله إذا كانت الأجرة عينا فإعلامه بالإشارة؛ لأن الإشارة أبلغ أسباب التعريف، وإذا كانت الأجرة حيوانًا لا تجوز إلا إذا كانت(٢) عينًا؛ لأن الحيوان لا يجب دينا في الذمة بدلا عما هو مال، وإذا كانت الأجرة منفعة إن كانت من جنس المعقود عليه لا تجوز عندهما، وإن كانت من خلاف جنس المعقود عليه جاز بلا خلاف.

بيان الأول: إذا استأجر سكنى دار بسكنى دار.

بيان الثاني: سكنى دار بركوب دابة.

وهذه المسألة فرع مسألة أخرى عرفت في كتاب البيوع، أن الجنس في المسميين يحرم للنساء عندنا، حتى لو أسلم [هرويا في هروي](٣) لا يجوز عندنا.

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: كان.
(٣) في أ، ز: قوهيا في قوهي.

قلنا: وبيع المنفعة بمنفعة من جنسها بمنزلة بيع العين بجنسه نساء؛ لأن النساء من البدل ما لا يكون عينًا، والمنفعة لأنها معدومة، فكانت نساء، والجنسية في المسميين يحرم للنساء، بخلاف ما إذا اختلف الجنس؛ لأن النساء في الجنس المختلف ليس بحرام، كما في بيع العين، حتى إنه لو أسلم قوهيًا في مروي جاز فهاهنا كذلك.

فإن قيل: إذا اختلف الجنس، إن كان لا يفسد هذا العقد من هذا الوجه يفسد من وجه آخر؛ لأن المنفعة دين من الجانبين، والدينية من الجانبين توجب الفساد، وإن اختلف البدل.

قلنا: كلا البدلين من حيث الحقيقة [و][(١)] إن لم يكن عينًا؛ لأنها معدومة، إلا أن التي لم يصحبها حرف (الباء) [تعتبر عينا حكما لأنها معقود عليه، ولا بد لانعقاد عقد المعاوضة من قيام المعقود عليه حالة العقد إذا لم يكن سلما، وإذا كان كذلك أقيم محل المنفعة فيما لم يصحبه حرف (الباء)][(٢)] مقام المنفعة فيكون عينًا ولا ضرورة فيما صحبه حرف (الباء)، نحو أن يكون غير العين حقيقة وحكمًا، والآخر اعتبر عينًا حكمًا فكان بمنزلة بيع العين نساءً بخلاف جنسه[(٣)].

وفي فتاوى أبي الليث: لا خير في معاوضة الثيران بالثيران للأكداس؛ لأنها استبدال[(٤)] منفعة بمنفعة [من جنسها، ثم إذا قوبلت المنفعة بمنفعة كانت من جنسها][(٥)]، حتى فسد العقد واستوفى الآجر المنفعة، كان عليه أجر المثل، في ظاهر الرواية[(٦)].

---

(١) سقط في ز.
(٢) المثبت من المحيط البرهاني.
(٣) المحيط البرهاني (٧/ ٣٩٦).
(٤) في أ: استدلال.
(٥) في أ: بجنسها.
(٦) المحيط البرهاني (٧/ ٣٩٦).

وعن أبي يوسف: أنه لا شيء عليه؛ لأن المنفعة إنما تتقوم إذا هو ثبت بالتقويم.

وجه ظاهر الرواية: أن لفظ الإجارة لفظ معاوضة فصار كما لو استأجر دارًا ولم يسم الأجر وسكنها وهناك يجب أجر المثل فهاهنا كذلك.

ولو كان عبدًا واحدًا بين اثنين فتهايآه فخدم أحدهما يومًا ولم يخدم الآخر، فلا أجر له.

وقال أبو الحسن - رحمه الله - في جامعه: إذا كان عبدًا واحدًا بين اثنين آجر أحدهما نصيبه من صاحبه ليخيط(١) معه شهرًا على أن يصوغ نصيبه مع هذا شهرًا، فإن هذا لا يجوز في العقد الواحد وإنما يجوز في العملين المختلفين إذا كانا في عبدين(٢).

وأما بيان حكم الإجارة فنقول: حكم الإجارة وقوع الملك في البدلين، كما في بيع العين يقع معًا كما فرعا(٣) من العقد إلا لمانع، وفي الإجارة يقع الملك في البدلين ساعة فساعة؛ لأن المعاوضة تقتضي التساوي؛ لأن الظاهر من حال المتعاقدين ألا يرضيا بالتفاوت، والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهي الأجرة.

* * *

(١) في ز: ليحفظ.
(٢) بدائع الصنائع (٤/ ١٩٤)، والفتاوى الهندية (٤/ ٤١٢).
(٣) في ز: فرغنا.

ومما يتصل بهذا الفصل: بيان ما يصلح أجرة وما لا يصلح أجرة، [و][(١)] الأصل فيه: أن ما يصلح أن يكون ثمنا في البياعات، يصلح أن يكون أجرة في الإجارات، إلا المنفعة فإنها تصلح أجرة إذا اختلف الجنس ولا تصلح ثمنا، وإنما اعتبرنا الأجرة بالبيع؛ لأن الإجارة بيع كسائر البياعات، إلا أن سائر البياعات ترد على العين، والإجارة ترد على المنفعة، وإنما وقع الفرق بينهما في المنفعة؛ لأن الثمن يجب أن يكون مملوكا بنفس البيع إذا لم يكن في البيع خيار، والمنفعة لا تصير مملوكة بنفس العقد لأنها معدومة، أما الأجرة فليس من شرطها أن تملك بنفس العقد، وكانت الأجرة كالنكاح، فإن المنفعة تصلح أن تكون مهرا في النكاح، إذ ليس من شرط المهر أن يملك بنفس العقد، فأمر[(٢)] تسمية هذا العقد مهرا صحيح.

❋ ❋ ❋

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: فأين.

ومما يتصل [بهذا الفصل](١): إذا أضاف الإجارة إلى وقت في المستقبل، بأن قال: آجرتك داري أي هذه غدًا أو ما أشبهه فإنه(٢) جائز، بناء على الأصل الذي ذكر، أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، فالعقد في حق الحكم كالمضاف إلى وقت وجود المنفعة، فسمي الإجارة في حق الحكم على الإضافة، فكيف تكون مانعة صحة الإجارة، فلو أراد نقضها قبل مجيء ذلك الوقت، فعن محمد - رحمه الله - فيه روايتان، في رواية قال: لا يصح النقض، وفي رواية قال: يصح.

في وجه هذه الرواية: أنه لم يثبت للمستأجر حق في هذا العقد؛ لأنه غير منعقد أصلاً، ولهذا لا يملك الإجارة بالتعجيل في هذه الإجارة.

وجه الرواية الأولى: أن العقد قد انعقد فيما بين المتعاقدين وإن لم ينعقد في حق الحكم فالآجر بالنقض إبطال العقد المنعقد حقًا للمستأجر فلا يقدر على ذلك، وعلى هذه الرواية يملك الأجرة بالتعجيل في هذه الإجارة.

وإذا باع الآجر المستأجر في الإجارة المضافة قبل مجيء ذلك الوقت، ذكر شمس الأئمة الحلواني في رهن الجامع: أن فيه روايتين، في رواية: لا ينعقد البيع، ولا تبطل الإجارة المضافة، وفي رواية: ينفذ البيع وتبطل الإجارة.

ولو أجر مكان البيع فهو على الروايتين أيضا في إجارات شرح الطحاوي.

وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح الإجارات: أن الأصح أن الإجارة المضافة لازمة قبل وقتها.

والقدوري - رحمه الله - ذكر هذه الرواية عن محمد - رحمه الله - في باب الأوقات، ولم يذكر الرواية عنه، وصورة ما ذكر القدوري: إذا عقد عقد الإجارة على وقت لم يأت بعد، ثم أراد المؤجر بيع الدار قبل حضور وقت الإجارة

---

(١) في أ: هذه الأصل.

(٢) في أ: وإنه.

فللمستأجر أن يمنعه من ذلك.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في الإجارات: عن محمد - رحمه الله - في مسألة البيع والإجارة روايتان، كما ذكر شمس الأئمة الحلواني في الأولى، في رواية: لا تنعقد الإجارة المضافة؛ لأنه لا حق للمستأجر حالًا، فنفذ البيع والإجارة الثانية، ثم لا يثبت حق المستأجر الأول.

قال: وبه نفتي، وفي رواية: لا ينفذ البيع؛ لأن حق المستأجر وإن لم يثبت للحال ولكن يثبت في الثاني.

وفي أول إجارات المنتقى [روى][1] ابن سماعة عن محمد: رجل قال لآخر: آجرتك داري غدًا بدرهم، وباعه اليوم أو وهبه.

قال: ما صنع من ذلك فهو جائز، وتنتقض الإجارة إن جاء غدًا والدار ليست في ملكه، وإن رد عليه بقضاء أو رجع في هبته قبل مجيء [وقت الإجارة][2] رجعت على حالها.

معنى قولنا: إن جاء غدًا والدار ليست في ملكه، لم يرجع بالدار بالعيب نقضًا، أو بالرجوع في الهبة إلى ملكه، وإن رجع إليه بملك مستقبل بطلت الإجارة، وذكر بعض هذه المسألة قريب رواية ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - بخلاف ما ذكر هاهنا.

فقال: إذا قال لآخر: آجرتك داري هذه رأس الشهر بعشرة دراهم ثم أراد أن يبيعه قبل رأس الشهر ليس له ذلك؛ لأنه أجرى فيه حقًّا لهذا رأس الشهر.

وفي النوازل [رجل][3] قال لآخر: آجرتك داري هذه غدًا بدرهم، ثم آجرها اليوم من آخر إلى ثلاثة أيام، فجاء الغد وأراد المستأجر الأول أن ينقض الإجارة

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في أ: غد.
(٣) سقط في أ، ز.

الثانية قال نصير إذا جاء الغد فللمستأجر الأول نقض الإجارة.

وقال أبو الليث: فيه روايتان عن أصحابنا، في [رواية للأول، أن يفسخ الإجارة الثانية، وبه أخذ نصير، وفي][1] رواية أخرى ليس له النقض، وبه أخذ [الفقيه][2] أبو جعفر، وأبو الليث - رحمهما الله - وهو قول عيسى بن أبان - رحمه الله.

وفي فتاوى أبي الليث: إذا قال لغيره: إذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار، فهو جائز وإن كان فيه تعليقًا، وهذا قول الفقيه أبي بكر الإسكاف.

وقال الفقيه أبو الليث: وجعلا هذا نظير ما لو قال: آجرتك هذه الدار غدًا.

وقال أبو القاسم الصفار: لا يجوز؛ لأنه تعليق بخطر، بخلاف قوله: آجرتك غدًا.

* * *

(١) سط في ز.
(٢) سقط في أ.

ومما يتصل بهذا الفصل أيضًا، ذكر في شرح السير الكبير: رجل أجر داره من رجل شهرًا بعشرة [دراهم][(١)]، ثم إن الآجر قال للمستأجر قبل مضي الشهر: لا تسكن في داري شيئًا من الشهر الداخل، وأشهد عليه، أنه إن أقام الشهر الداخل فيها، فأجر الشهر الداخل عشرين درهما، فأقام الشهر الداخل فيها، كان عليه عشرون درهما؛ لأن أجر الدار يجب للشرط، والشرط للشهر الداخل عشرون، والمستأجر رضي بهذا الشرط كما أقام فيها في الشهر الثاني؛ لأن إقامته في الشهر الثاني بعد كلام الآجر دلالة على رضاه بالأجر المسمى فإنه صرح وقال: رضيت بالأجر المسمى للشهر الداخل.

قال مشايخنا رحمهم الله: وعلى قياس هذه المسألة: إذا أراد المغصوب منه تخويف غاصب الدار حتى يرد الدار عليه فجاء بشاهدين عدلين إلى الغاصب وأشهدهما على الغاصب، وقال الغاصب بحضرتهما: إن رددت الدار علي وإلا أخذت منك كل شهر كذا أجرة الدار، فهذا إشهاد صحيح، فإذا لم يرد الغاصب الدار بعد هذا، فالمغصوب منه يستحق الأجر المسمى على الغاصب، وطريقه ما قلنا في المسألة المتقدمة.

وبنحوه روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله.

وصورة ما روى ابن سماعة: إذا قال صاحب الدار: هذه داري فاخرج منها فإن تركتها فهي عليك بكذا، فجحدها الغاصب سكنها، ثم أقام صاحب الدار بينة عليه بعد أشهر، فلا أجر له، ولو كان مقرًا بالدار كان سكناه رضًا بالإجارة ويجب الأجر المسمى.

ثم في مسألة الإجارة: إذا قال المستأجر وقت ما له الأجر: لا أريد بهذا الأجر، ثم سكنها في الشهر الداخل، لا يلزمه عشرون درهما للشهر الداخل؛ لأنه قد رد على المؤاجر عقد الإجارة بعشرين درهما وارتد وصار كأن لم يكن. هكذا ذكر

---

(١) سقط في أ، ز.

مشايخنا رحمهم الله في شرح السير.

وعلى قياس هذه المسألة مسألة الغاصب كذا يكون.

وفي نوادر هشام قال: سألت محمدًا عن رجل اكترى دارًا سنة بألف درهم فلما انقضت المدة قال له رب الدار: إن فرغت داري اليوم وإلا فهي عليك بكذا، والمشتري مقر له بالدار.

قال محمد رحمه الله: إنا نجعلها في مقدار ما ينقل متاعه منها بأجر مثلها وإن فرغها إلى ذلك الوقت وإلا جعلتها بما قال بعد ذلك.

* * *

الفصل الثاني
في بيان أنه متى يستحق الأجر

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: في رجل استأجر بيتًا شهرًا بدرهم، قال: كلما سكن يومًا أخذ من الأجر بحساب ذلك، وكذلك الكراء إلى مكة، وكذلك في إجارة الأرض.

يجب أن يعلم بأن الأجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة[١] ولا تملك بالعقد المنفعة، إذا لم يشترط التعجيل في الأجرة، سواء كانت الأجرة عينًا أو دينًا، هكذا ذكره محمد - رحمه الله - في الجامع[٢].

وذكر في الإجارات: أن الأجرة إذا[٣] كانت عينًا لا تملك بنفس العقد، وإذا[٤] كانت دينًا تملك بنفس العقد، وتكون بمنزلة الدين المؤجل.

[و][٥] عامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكر في الجامع[٦].

وبعضهم قالوا: ما ذكر في كتاب الإجارات قول محمد أولًا، وما ذكر في الجامع[٧] قوله آخرًا.

وهذا لما ذكرنا أن الإجارة عقد معاوضة فتوجب المساواة بين المتعاقدين ما أمكن ما لم يغير بالشرط كما في بيع العين، ومتى قلنا: إنه يجب إيفاء الأجر قبل استيفاء المنفعة تزول المساواة، ويفضل المؤجر على المستأجر؛ لأن المؤجر يملك الأجرة بالقبض رقبة وتصرفًا، والمستأجر إن ملك المنفعة بقبض المستأجر تصرفًا لم يملكه رقبة، لما ذكرنا أن وقوع الملك في المنفعة يتأخر إلى حال وجودها.

---

(١) في أ، ز: الأجرة.
(٢) زاد في ز: وفي كتاب التحري.
(٣) في أ: إن.
(٤) في أ: إن.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) زاد في ز: وفي كتاب التحري.
(٧) زاد في ز: والتحري.

فلهذا قلنا: إن إيفاء الأجر يتأخر إلى ما بعد استيفاء المنفعة، وإذا ثبت إيفاء الأجر إنما يجب بعد استيفاء المنافع عندنا.

فنقول: كان أبو حنيفة - رحمه الله - أولًا يقول: لا يجب شيء من الأجر إلا بعد استيفاء جميع المنفعة، سواء كانت الإجارة معقودة على المدة كما في إجارة الدار والعبيد، أو على قطع المسافة كما في كراء الدابة إلى مكان كذا، أو على العمل كما في القصار والخياط والصباغ وهو قول زفر - رحمه الله - .

وقال: فإن وقعت الإجارة على المدة كما في إجارة الأرض والدواب والعبيد، وعلى قطع المسافة كاستئجار الحمال، والدابة، وإنما يجب إيفاء الأجر بحصة ما استوفى إذا كان لما استوفى حصة معلومة من الأجر، ففي الدار يوفي أجر كل يوم[1]، وفي قطع المسافة إذا استأجر مرحلة يجب عليه حصة ما استوفى.

قال القدوري: وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله.

وفي الإجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين، فإنه لا يجب عليه إيفاء الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله، وإن كان حصة ما استوفى معلومة، إلا أن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال، وحينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الحمال على قوله الآخر، يجب على المؤجر[2] إيفاء الأجر بعد ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما في الحمال.

فوجه قوله الآخر: أنه ثبت من أصلنا أن إيفاء الأجر لا يجب إلا بعد استيفاء المنفعة.

والأصل: أن إيفاء أحد البدلين في العقد إذا كان لا يجب إلا بعد استيفاء البدل الآخر فإنه لا يجب إيفاء شيء منه إلا بعد استيفاء البدل الآخر كما في باب البيع، فإنه لو وجب تسليم المبيع بناء على إيفاء الثمن، لا يجب تسليم شيء من المبيع قبل

(١) زاد في ز: ويوم.
(٢) في ز: المؤاجر.

إيفاء جميع الثمن كذا هاهنا.

وجه قوله الآخر: أن القياس في باب البيع أن يجب على البائع تسليم المبيع بقدر ما استوفى من الثمن، حتى يستويا في ملك التصرف، إلا أنا تركنا هذا القياس في بيع العين لما فيه من معنى الرهن، وهو حبس المبيع بالثمن، وحكم الرهن حبس الرهن بالدين، ومن حكم الرهن ألا يجب على المرتهن تسليم شيء من الرهن ما لم يوجد إيفاء جميع الدين، فتركنا هذا القياس في المبيع لما فيه من معنى الرهن، وهذا المعنى لا يتأتى في إجارة ليس للمؤجر(١) حق الحبس بعد الفراغ من العمل وبعد إيفاء المنفعة؛ لأن معنى الرهن إنما يثبت بثبوت حق الحبس للمؤجر(٢)، فكل إجارة ليس للمؤجر(٣) فيها حق الحبس، كانت العبرة لحقيقة القياس، وحقيقة القياس حق الحبس؛ لأنه بالثوب مال قائم كما في الصبغ.

فأما إذا كان بيض(٤) الثوب لا غير، اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: له حق الحبس؛ لأن البياض الذي حدث في الثوب أثر عمله فيقوم مقام المبيع فيكون له حق الحبس كما في الخياط.

ومنهم من قال: ليس له حق](٥) الحبس؛ لأن البياض الذي حدث في الثوب غير مضاف إلى عمله؛ لأنه غير حادث بعمل بل البياض [الذي كان في الأصل](٦) كان حاصلاً ولكن استتر بالثوب(٧) فزال ذلك بعمله وظهر البياض الذي كان في الأصل.

وإذا ثبت حق الحبس بالأجرة عندنا لم يصر بالحبس متعديًا فبقي العين عند أبي حنيفة - رحمه الله - أمانة في يده كما كان، فإذا هلك بغير صنعه لا يضمن شيئًا إلا

---

(١) في ز: للمؤاجر.
(٢) في ز: للمؤاجر.
(٣) في ز: للمؤاجر.
(٤) في أ: ينقص.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ، ز: بالدرن.

[أنه][(١)] يسقط الأجر؛ لأنه هلك بالعمل قبل التسليم، وهلاك المبيع قبل التسليم يوجب سقوط البدل كالمبيع[(٢)] إذا هلك في يد البائع [«قبل القبض»][(٣)].

وأما عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - فالعين كان مضمونًا على القصار والصباغ بسبب القبض إذا حصل الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه فبقي بعد الحبس مضمونًا كما كان، فإذا هلك فلصاحبه الخيار. إن شاء ضمنه غير معمول؛ لأنه لم يصر مسلما العمل فلا يستحق الأجر، وإن شاء ضمنه معمولًا؛ لأن العين مضمون عندهما بالقيمة، والعمل تبع العين، والتبع يوافق الأصل ولا يخالفه، فإذا كان الأصل مضمونًا بالقيمة صار التبع مضمونًا بالقيمة أيضًا.

فإن قيل: العمل مبيع هلك في يد البائع بغير صنعه، والمبيع لا يتصور أن يكون مضمونًا على البائع بالقيمة بحال لا عند الهلاك ولا عند الاستهلاك، كما في العين المبيع إذا هلك عند البائع واستهلك البائع لا يضمن القيمة، فلم جعلتم العمل المبيع هاهنا مضمونًا بالقيمة؟

فقلنا: نحن ما جعلنا العمل مضمونًا بالقيمة أصلًا ومقصودًا بلا ضرورة، ويبقى للعين ويجوز أن يثبت الحكم تبعًا للغير، ولا يثبت قصدًا، وفي باب البيع لا ضرورة إلى جعله مضمونًا بالقيمة، أما هاهنا بخلافه. وإذا ضمنه قيمته معمولًا أعطاه الأجر؛ لأن المبيع كان مسلمًا تقديرًا واعتبارًا بوصف البدل إليه، ولو صار مسلمًا إليه حقيقة بعطية الأجر كذلك هاهنا، وهكذا الجواب لو أبلغه الأجير بخبر صاحب الثوب، إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا يعطيه الأجر، وإن شاء ضمنه قيمته معمولًا وأعطاه الأجر.

وفي شرح القدوري: قال أبو يوسف - رحمه الله: في الحمال إذا طلب الأجر

---

(١) سقط في ز.
(٢) زاد في أ: العين.
(٣) سقط في أ، ز.

بعمل ما بلغ المنزلة قبل أن يضعه ليس له ذلك؛ لأن حق المطالبة أن يثبت بعد تمام العمل، والوضع من تمام العمل، فلا يثبت عنه حق المطالبة قبل الوضع، ولو هلكت العين في يد الأجير من غير صنعه، ومن غير أن يحبسها بالأجر، فإن كان في عمله أثر في العين كما في الصباغ والخياط سقط الأجر، وإن لم يكن لعمله أثر في العين كالحمال والمكاري لا يسقط [الأجر](١).

والفرق: أن العمل الذي له أثر في العين بمنزلة العين المعقود عليه، والبدل في مقابلته فصار كالمبيع [إذا هلك](٢) قبل التسليم، وأما ما لا أثر له في العين فليس هناك عين معقود عليه وإنما يصير موفيًا المعقود عليه حالًا(٣)، فإذا انتهى إلى المكان المشروط فقد أوفى العمل بتمامه فلا يسقط الأجر [بهلاكه](٤) بعد ذلك.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله: نساج نسج ثوب رجل فذهب به إليه فطلب منه أن يقبض منه الثوب ويعطيه الأجر، فقال له صاحب الثوب: اذهب به إلى منزلك حتى إذا رجعنا من الجمعة سرت إلى منزلي ووفيت عليك الأجر، فاختلس الثوب من يد النساج في الرجعة، قال: إن كان الحائك دفع الثوب إلى صاحب الثوب [بحيث لو](٥) ذهب به لم يكن الحائك يمنعه من ذلك، فإن دفعه إلى الحائك على وجه الرهن هلك الثوب بالأجر كما هو حكم الرهن، وإن دفع الثوب على وجه الوديعة، هلك [على الأمانة](٦) والأجر على حاله؛ لأنه سلم إلى صاحب الثوب فتقرر عليه الأجر، وإن كان في الابتداء لو أراد صاحب الثوب أن يذهب بالثوب لم يكن يدعه النساج، وكذلك إذا تركه صاحب الثوب عنده فقد اختلف العلماء فيه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ز: يهلك.
(٣) زاد في ز: فحالًا.
(٤) في أ، ز: بهلاك العين.
(٥) في ز: إن.
(٦) في أ، ز: أمانة.

قال بعضهم: يضمن.

وقال بعضهم: لا، وهي مسألة الأجير المشترك إذا هلك العين في يده من غير صنعه.

وفي المنتقى: حائك عمل ثوبًا لرجل، فتعلق الآجر به ليأخذه، وأبى الحائك ذلك حتى يأخذ الأجر [فتخرق](١) من مد صاحبه، لا ضمان على الحائك، وإن تخرق من مدهما فعلى الحائك نصف ضمان الخرق.

وفي الفتاوى: إذا استأجر حمالًا ليحمل حملاً إلى بلد فحمله، فقال له صاحبه: أمسكه عندك، فأمسك فهلك، فلا ضمان عليه بلا خلاف؛ لأنه ليس له حق الحبس، فإذا قال له: أمسكه، كان أمانة في يده، وهلاك الأمانة في يد الأمين لا يوجب الضمان عليه، ولو كان هذا قصارًا فأمره بإمساكه - يعني: ليوف الأجر - فهلك فهو على الاختلاف، وعلى قياس مسألة النساج يجب أن تكون هذه المسألة على البعض أيضًا.

* * *

(١) سقط في أ، ز.

ومما يتصل بمسائل [هذا الفصل](١) ، ذكر محمد - رحمه الله - في بيوع الجامع في باب البيع الفاسد والعتق في ذلك: رجل استأجر عبدًا ليخدمه سنة بمائة درهم ورطل من خمر، وتقابضا ثم أراد الآجر أن ينقض عقده بحكم الفساد فله ذلك، ولكن لا يسترد العبد حتى يرد الأجر اعتبارًا للفاسد منه بالجائز، وهذا؛ لأن الأجر بمقابلة ما سلم وهو العين القائم مقام المنافع، وجعل الحبس بمنزلة حبس المنفعة، فإن مات الآجر بيع العبد ويستوفي المستأجر أولًا الأجرة، وما بقي فهو لغرماء الآجر؛ لأنه يثبت للمستأجر يد مستحقة لا يقدر الآجر على(٢) إبطالها في حال حياته، واختص المستأجر بالعقد حال حياة الآجر فيختص به بعد وفاته حتى يستوفي كمال حقه، فإن مات العبد بعد فسخ الإجارة قبل الاسترداد مات من مال الآجر كما في الإجارة الجائزة، وهذا؛ لأن حبس العين ما حصل مقصودًا وإنما حصل ضرورة إمكان حبس المنفعة فيكون غير ما في نفسه فيكون أمانة.

فإن قيل: كيف تكون العين أمانة في يد المستأجر، وقد قلتم: إن الآجر لو مات فالمستأجر أحق به.

قلنا: مثل هذا جائز، ألا ترى أن الزيادة على مقدار الدين من الرهن أمانة في يد المرتهن، ومع هذا فالمرتهن أحق بها حتى يستوفي دينه، كأن المعني فيه أن الضمان يتعلق بقبض مقصود ولم يوجد ذلك في حق العين على ما مر، وأما الاختصاص بعد الموت يعتمد ثبوت حق الحبس في العين، وحق الحبس هاهنا ثابت في العين ضرورة حبس المنفعة، ولأن هناك المعقود عليه قبل القبض كما يوجب بطلان العقد يوجب بطلان الفسخ، فإذا بطل الفسخ عاد العبد على الحالة الأولى قبل الفسخ.

وإذا استأجر الرجل من آخر دارًا بدين كان للمستأجر على الآجر يجوز، وكذلك إذا استأجر عبدًا بدين كان للمستأجر على الآجر يجوز، فإن فسخا الإجارة وأراد

---

(١) في أ، ز: الحبس.
(٢) زاد في أ، ز: بعضها و.

المستأجر أن يحبس المستأجر بالدين السابق كان له ذلك، ولو كانت الإجارة فاسدة وفسخا الإجارة بحكم فساد السبب، فأراد المستأجر أن يحبس المستأجر بالدين السابق ليس له ذلك.

والفرق بينهما: أن العقد لا يتعلق بالدين وإنما يتعلق بمثله، وإنما تصير الأجرة مثل الدين بشرط التعجيل، فيضمن ذلك التعجيل لتصير الأجرة مثل الدين ووقعت المقاصة بينهما، وصار الآجر قابضًا بطريق المقاصة فيصير كما لو استوفاه حقيقة، فأما في الإجارة الفاسدة مثل الدين لا يجب العقد؛ لأن أكثر ما في الباب أن يجعل الأجرة مشروطة التعجيل، ولكن الأجرة لا تملك ولا تصير دينًا باشتراط التعجيل في الإجارة الفاسدة ما لم يوجد استيفاء المنفعة حقيقة، ومتى لم تصر دينًا لا تقع المقاصة فلا يصير مستوفيًا الأجر أصلاً بمقابلة تسليم العبد، ولا يملك حبس العبد، فإن مات الآجر والأجر دين عليه كان قبل العقد، ففي الإجارة الجائزة لما ملك المستأجر حبس العبد كان أحق به من الآجر حال حياته فيكون أحق به من غرمائه بعد موته، وفي الإجارة الفاسدة ما لم يملك الحبس لم يكن المستأجر أحق به من الآجر حال حياته فلا يكون أحق به من غرمائه بعد الموت، ولكنه يكون أسوة لغرمائه إذا آجر ولم يسلم للمستأجر حتى مات الآجر وانفسخت الإجارة. ولا يكون للمستأجر حق الحبس إلى أن يستوفي الأجرة المعجلة في باب الإجارة.

* * *

الفصل الثالث

الأوقات التي يقع عليها عقد الإجارة

إذا استأجر دارًا شهرًا بأجر معلوم أو استأجرها سنة أو كل شهر، فابتدأ المدة من حين وقع العقد، وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا استأجرها كل شهر؛ لأن الإجارة تناولت الأبد، فلابد وأن يدخل الشهر من حين وقع عقد الإجارة، وإنما يشكل فيما إذا استأجرها شهرًا واحدًا، فإنه عين للإجارة الشهر الذي يلي العقد بدلالة الحال أو بمقتضى مطلق العقد، أما بدلالة الحال فإن الظاهر من حال العاقد الدين أن يقصد بتصرفه الصحة، ولم تصح الإجارة لو لم يتعين الشهر الذي يليها؛ لأنه حينئذ تكون الإجارة على شهر لا بعينه، وأما مقتضى العقد فلأن مطلق العقد يوجب حكمه للحال كبيع العين المطلق، وحكم الإجارة وقوع الملك للمستأجر في المنفعة، وإذا تعين الذي يلي الإجارة، ينظر: إن وجدت الإجارة في الوقت الذي يهل فيه الهلال يعتبر الشهر بالهلال؛ لأن الهلال أصل في الشهر والأيام كالبدل عنه، وقد أمكن اعتبار الأصل فلا يصار إلى البدل، وإن وجدت الإجارة في وسط الشهر يعتبر الشهر الذي يلي العقد بالأيام وكذا كل شهر [بعد ذلك](١) بلا خلاف.

أما عند أبي حنيفة - رحمه الله -: العبرة للأيام إذا وقعت الإجارة في وقت الشهر وإن كان آخر المدة وأولها معلومين، بأن استأجرها شهورًا مسماة عشرة أو ما أشبه ذلك، أو استأجرها سنة، وإذا لم يكن آخر المدة معلومًا أولى.

وأما على قولهما: إنما يعتبر الشهر بالأيام ويكمل من آخر المدة معلومًا حتى أكمل إكماله(٢) الثاني، وإن وقعت الإجارة على اثني عشر شهرًا أو ما أشبه ذلك من الأشهر المسماة وكانت الإجارة في وسط الشهر، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: يعتبر جميع الشهور بالأيام.

---

(١) في أ، ز: يعطيك.
(٢) في ز: من الشهر.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يعتبر الشهر الأول بالأيام ويكمل الأخير وباقي الشهور بالأهلة.

فوجه قولهما: أن في الشهر الأول والأخير اعتبار ما هو الأصل وهو الهلال غير ممكن فلا يعتبر، وفيما عدا ذلك أمكن اعتبار الأصل فيعتبر.

ولأبي حنيفة - رحمه الله -: كما تعذر اعتبار الهلال في الشهر الأول تعذر اعتباره في الشهر الثاني والثالث؛ لأن الشهر الأول يجب إكماله من الشهر الثاني؛ لأنه متصل به، وإذا وجب إكمال الشهر الأول من الشهر الثاني انتقص الشهر الثاني فيجب إكماله من الشهر الثالث؛ لأنه متصل به ثم وثم إلى آخر المدة، فقد تعذر اعتبار الهلال في جميع المدة فيعتبر بالأيام.

وإن استأجر دارًا سنة مستقبلة وذلك حين يهل الهلال، تعتبر السنة بالأهلة اثني عشر شهرًا، وإن كان ذلك في بعض الشهر تعتبر السنة بالأيام ثلاثمائة وستين يومًا في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وإحدى الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله -، وفي رواية أخرى وهو قول محمد - رحمه الله -: يعتبر الشهر الأول بالأيام ويكمل من الشهر الأخير، وباقي الشهور وذلك أحد عشر شهرًا بالأهلة.

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف في رجل استأجر منزلًا كل شهر بثلاثة دراهم مثلًا، قال: في قياس قولي تكون الإجارة فاسدة، ولكن أستحسن أجيزها في الشهر الأول وفيما عداه فلكل واحد منهما أن يفسخه.

قال الحاكم أبو الفضل: أراد بقوله: (في قياس قولي)، القياس على ما إذا اشترى كل قفيز من هذا الطعام بدرهم فإنه على جميع الطعام عندهما، وعمل كله كل في الشمول والإحاطة فيتناول جميع الشهور، إلا أنها لو تناولت جميع الشهور فسد العقد؛ لأن جميع الشهور مجهولة، ولكن استحسن وقال: يجوز العقد في الشهر الأول بصفة اللزوم لا جهالة ولا مزاحم له وفيما عدا ذلك يثبت العقد بطريق الإضافة، وفي العقد المضاف لكل واحد من المتعاقدين فسخ العقد، فأما إذا لم

يفسخ حتى دخل الشهر الثاني لزمه العقد فيه.

في الأصل: إذا استأجر الرجل من آخر دارًا كل شهر بعشرة دراهم، فإن أبا حنيفة - رحمه الله - قال: هذا جائز، ولكل واحد منهما أن ينقض الإجارة في رأس الشهر، فإن سكن يومًا أو يومين لزمه الإجارة في الشهر الثاني، واختلفت عبارة المشايخ - رحمهم الله - في تخريج المسألة.

بعضهم قالوا: أراد بقوله: (هذا جائز)، أن الإجارة في الشهر الأول جائزة، فأما فيما عدا ذلك من الشهور فالإجارة فاسدة لجهالة المدة إلا أنه إذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الإجارة في رأس الشهر جازت الإجارة في الشهر الثاني؛ لأن الشهر الثاني صار كالشهر الأول.

وبعضهم قالوا: لا، بل الإجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث، كما جازت في[1] الشهر الأول، وإطلاق محمد في الكتاب يدل عليه، وإنما جازت الإجارة في الشهر الأول وإن كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر، وإنما يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر، وإن[2] كانت الإجارة جائزة فيما زاد على الشهر الأول لنوع ضرورة.

وبيانها: أن موضوع الإجارة ألا تزول الرقبة عن ملك المؤجر ولا يجعلها ملكًا للمستأجر، ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر، لزال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى؛ لأنه لا يملك سكناها ولا بيعها ولا هبتها أبد الدهر؛ لأنه لا نهاية لجملة الشهور ولهذا لا يجوز، ولهذه الضرورة يثبت لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في رأس كل شهر وإن كانت الإجارة جائزة في الشهر[3] وفيما زاد على الشهر، وكان ينبغي أن يثبت هذا الخيار في كل ساعة ليزول المعنى الذي ذكرنا، إلا أنا لو أفتينا على ذلك لا تفيد الإجارة فائدتها؛ لأن كل واحد من

---

(١) في ز: فيما وراء.
(٢) في أ: ولو.
(٣) في أ، ز: الشهور.

المتعاقدين يمنع من الإجارة مخافة الفسخ فلهذه الضرورة تأخر الفسخ [إلى رأس الشهر؛ لأن بهذا القدر تصير الإجارة مفيدة وليس ما وراء الشهر من الأوقات بعد ذلك أولى من البعض فثبت الخيار رأس كل شهر لهذه الضرورة والثابت بالضرورة كالثابت بالشرع.

ولو شرطا الخيار رأس كل شهر تأخر الفسخ إلى رأس الشهر، كذا هاهنا، إلا أن المشايخ بعد هذا اختلفوا في كيفية إن كان الفسخ لكل واحد منهما رأس كل شهر، وإن في ثبوت الخيار؛ لأن رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال، فكلما أهل الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك المضي وقت الخيار، وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ؛ لأنه لم يجيء وقته، والصحيح في أحد الطرق الثلاثة، إما أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي الشهر: فسخت الإجارة فيتوقف هذا الفسخ إلى انقضاء الشهر، فإذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله، ونفذ؛ لأنه لم يجد نفاذًا وقت وجوده، والفسخ إذا لم يجد نفاذًا وقت وجود ثبوته يتوقف إلى وقت نفاذه، وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخي - رحمه الله -.

ونظير هذا ما قاله محمد - رحمه الله - في البيوع: رجل اشترى عبدًا على أنه بالخيار، فحم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ للحال بل يتوقف إلى زوال الحمى في مدة الخيار.

وقال][1] في المضاربة: رب المال إذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضًا لم ينفذ الفسخ في الحال بل يتوقف إلى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنانير فينفذ الفسخ حينئذ كذا هاهنا، أو يقول مريد الفسخ في خلال الشهر: فسخت الإجارة رأس الشهر، فينفسخ العقد إذا أهل الهلال، ويكون [هذا][2] فسخًا

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.

مضافًا[١] إلى رأس الشهر، وعقد الإجارة يصح مضافًا [فكذا فسخه يصح مضافًا][٢]، أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها [الهلال][٣] ويومها.

وهذا القائل يقول: لم يرد محمد - رحمه الله - بقوله: (لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة) [رأس الشهر][٤] من حيث الحقيقة وهي الساعة التي يهل فيها الهلال، وإنما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها، وهذا كما قال محمد - رحمه الله - في كتاب الأيمان: إذا حلف الرجل يقضين حق فلان رأس الشهر، فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال أو في يومها لم يحنث استحسانًا.

وفي القدوري يقول: غرة الشهر أول ليلة ويومها إذا كان لكل واحد منهما أن يفسخ الإجارة رأس الشهر، إذا فسخ أحدهما الإجارة من غير محضر من صاحبه هل يصح؟

من مشايخنا من قال: إنه على الخلاف، على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -: لا يصح، وعلى قول أبي يوسف: [يصح][٥]، وهذا؛ لأن الخيار ثبت لكل واحد منهما رأس الشهر لنوع ضرورة [والثابت ضرورة][٦] والثابت شرطًا سواء، ولو كان الخيار مشروطًا لكل واحد منهما كانت المسألة على الخلاف كذا هاهنا.

ومنهم من قال: لا يصح الفسخ هذا إلا بمحضر من صاحبه بلا خلاف.

والفرق لأبي يوسف - رحمه الله -: إنما ملك الفسخ بغير محضر من صاحبه؛ لأنه مسلط على الفسخ والخيار مشروط، والمسلط على التصرف يملك التصرف

---

(١) في أ: معتادًا.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) سقط في أ.

بغير محضر الوكيل بالبيع، فأما مسألتنا: كل واحد منهما غير مسلط على الفسخ، وإنما هو مسلط على الانتفاع، وإنما يثبت الخيار لنوع فكان بمنزلة الخيار بسائر الأعذار وفي ذلك لا يصح الفسخ إلا بمحضر من صاحبه.

وفي شروط الحاكم أحمد السمرقندي - رحمه الله -: إذا استأجر دارًا كل شهر بكذا فعجل أجرة شهرين أو ثلاثة وقبض الأجر ذلك، فلا يكون لأحدهما ولاية الفسخ بعد أن عجل وكان التعجيل منهما دلالة العقد في الشهر الثاني والثالث.

قال في الأصل: فإذا استأجر عبدًا ليخدمه كل شهر بكذا، فإن له أن يستخدمه من السحر[(١)]، إلى ما بعد العشاء الأخيرة، والقياس أن يستخدمه آناء الليل والنهار؛ لأن الشهر اسم للكل إلا أن ما بعد العشاء الأخير إلى السحر صار مستثنى بحكم العرف، فإن العرف فيما بين الناس أنهم لا يستخدمون المماليك بعد العشاء الأخير إلى السحر صار مستثنى بحكم العرف كالمشروط.

وقال أيضًا في رجل يكاري رجلاً يومًا إلى الليل بعمل معلوم على الأجير أن يعمل بعد بكرة الغداة إلى غروب الشمس، والقياس أن يعمل من طلوع الفجر الثاني عملاً باسم اليوم، إلا أن ما بعد طلوع الفجر الثاني إلى ما بعد صلاة الغداة صار مستثنى عن الإجارة عرفًا والمعروف كالمشروط.

قال محمد - رحمه الله -: والعمال بالكوفة إنما يعملون إلى العصر وليس لهم ذلك؛ لأن اسم اليوم ينطلق على هذا الزمان من حين طلوع الفجر إلى غروب الشمس، إلا أن ما بعد طلوع الفجر إلى ما بعد صلاة الغداة صار مستثنى على الإجارة بعرف غالب؛ لأن الأجراء لا يعملون قبل صلاة الغداة وليس فيما بعد العصر عرف غالب، فإن بعض الأجراء يعملون إلى العصر، وبعضهم [يعملون][(٢)] إلى غروب الشمس، وليس أحد الوجهين بأغلب من الآخر يخصص الاسم إنما

---

(١) في ز: الضحى.
(٢) سقط في ز.

يجوز بعرف غالب.

قال أيضًا: وإذا تكارى دابة من الغداة إلى العشاء يردها عند[١] زوال الشمس؛ لأن بزوال الشمس تنتهي الإجارة؛ لأنه إذا زالت الشمس فقد وجد أول وقت العشاء عرفًا وشرعًا، لما روى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ «صلى بنا إحدى صلاتي العشي إما الظهر وإما العصر»[٢]، وأما عرفًا فإن مخاطبات الناس

---

(١) في ز: بعد.

(٢) أخرجه مالك (١/ ٩٣) كتاب الصلاة، باب: ما يفعل من سلم من ركعتين ساهيًا، حديث (٥٨)، والبخاري (١/ ٦٧٤) كتاب الصلاة، باب: تشبيك الأصابع في المسجد، حديث (٤٨٢)، (٢/ ٢٠٥) كتاب الأذان، باب: هل يأخذ الإمام إذا شك بقول الناس، حديث (٧١٤)، (٣/ ١١٨) كتاب السهو، باب: من لم يتشهد في سجدتي السهو، حديث (١٢٢٨)، وباب: من يكبر في سجدتي السهو، حديث (١٢٢٩)، (١٠/ ٤٨٣) كتاب الأدب، باب: ما يجوز من ذكر الناس، حديث (٦٠٥١)، (١٢/ ٢٤٥) كتاب أخبار الآحاد، باب: ما جاء في إجازة خبر الواحد، حديث (٧٢٥٠)، ومسلم (١/ ٤٠٣) كتاب المساجد، باب: السهو في الصلاة والسجود له، حديث (٩٧/ ٥٧٣)، وأبو داود (١/ ٣٣٠، ٣٣١) كتاب الصلاة، باب: السهو في السجدتين، حديث (١٠٠٨ - ١٠١١)، والترمذي (٢/ ٢٤٧) كتاب الصلاة، باب: ما جاء في الرجل يسلم في الركعتين من الظهر والعصر، حديث (٣٩٩)، والنسائي (٣/ ٢٢) كتاب السهو، باب: ما يفعل من سلم من ركعتين ناسيًا، وابن ماجه (١/ ٣٨٣) كتاب الصلاة، باب: فيمن سلم من ثنتين أو ثلاث ساهيًا، حديث (١٢١٤)، والدارمي (١/ ٣٥١) كتاب الصلاة، باب: سجود السهو من الزيادة، وأبو عوانة (٢/ ١٩٦)، وأحمد (٢/ ٢٣٤، ٢٣٥)، والحميدي (٢/ ٤٣٣)، رقم (٩٨٣)، وعبد الرزاق (٣٤٤٨)، وابن الجارود في «المنتقى»، رقم (٢٤٣)، وابن خزيمة (٢/ ٣٦، ٣٧)، رقم (٨٦٠)، (٢/ ١١٧، ١١٨)، رقم (١٠٣٥، ١٠٣٦)، وابن حبان (٢٢٤٠، ٢٢٤٦)، والدارقطني (١/ ٣٦٦) كتاب الصلاة، رقم (١)، والبيهقي (٢/ ٢٥٤) كتاب الصلاة، باب: من قال يسلم عن سجدتي السهو، (٢/ ٢٥٦) باب: الكلام في الصلاة على وجه السهو، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١/ ٤٤٤) باب: الكلام في الصلاة لما يحدث فيها من السهو، والطبراني في «المعجم الصغير» (١/ ١١٢)، والبزار كما في «نظم الفرائد»، ص أ(٢٢٢)، والبغوي في «شرح السنة» (٢/ ٣٣٨) من طريق محمد بن سيرين عن أبي هريرة به. وقال الترمذي: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح.

أخرجه مالك (١/ ٩٤) كتاب الصلاة، باب: ما يفعل من سلم من ركعتين ساهيًا، حديث (٥٩) عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد أنه قال: سمعت أبا هريرة. . . . فذكره.

=

. . . .

= ومن طريق مالك أخرجه مسلم (١/ ٤٠٣، ٤٠٤) كتاب المساجد، باب: السهو في الصلاة والسجود له، حديث (٩٩/ ٥٧٣)، والنسائي (٣/ ٢٠) كتاب السهو، وأحمد (٢/ ٤٦٠، ٥٣٢)، وعبد الرزاق (٣٤٤٨)، وابن خزيمة (٢/ ١١٩) رقم (١٠٣٧)، وابن حبان (٢٢٤٢)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١/ ٤٤٥)، والبيهقي (٢/ ٣٣٥)، والبغوي في «شرح السنة» (٢/ ٣٣٧).

تنبيه: عزا العلائي هذا الطريق في نظم الفرائد، ص (٢٢٤) لأبي داود ولم أجده فيه.

وأخرجه البخاري (٢/ ٢٠٦) كتاب الأذان، باب: هل يأخذ الإمام إذا شك بقول الناس، حديث (٧١٥)، (٣/ ١١٦) كتاب السهو، باب: إذا سلم في ركعتين أو في ثلاث، حديث (١٢٢٧)، ومسلم (١/ ٤٠٤) كتاب المساجد، باب: السهو في الصلاة والسجود له، حديث (١/ ٥٧٣)، وأبو داود (١/ ٣٣٢) كتاب الصلاة، باب: السهو في السجدتين، حديث (١٠١٤)، والنسائي (٣/ ٣١) باب: التحري، وأحمد (٢/ ٤٢٣)، وأبو عوانة (٢/ ١٩٧)، والحميدي (٢/ ٤٣٣، ٤٣٤)، رقم (٩٨٤)، وابن خزيمة (٢/ ١١٩)، رقم (١٠٣٨)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١/ ٤٤٥)، والبيهقي (٢/ ٢٥٠) كتاب الصلاة، باب: من قال يسجدهما قبل السلام، من طريق أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة به.

وأخرجه أبو داود (١/ ٣٣١) كتاب الصلاة، باب: السهو في السجدتين، حديث (١٠١٢)، وأبو يعلى (١٠/ ٢٤٤، ٢٤٥)، رقم (٥٨٦٠)، وابن خزيمة (٢/ ١٢٤)، رقم (١٠٤٠، ١٠٤١) من طريق الأوزاعي عن الزهري عن سعيد بن المسيب، وأبي سلمة وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن أبي هريرة.

وأخرجه الدارمي (١/ ٣٥٢) كتاب الصلاة، باب: سجدة السهو من الزيادة، وابن خزيمة (٢/ ١٢٥) رقم (١٠٤٢، ١٠٤٣) من طريق يونس عن الزهري عن سعيد وأبي سلمة وعبيد الله وأبو بكر بن عبد الرحمن.

أخرجه النسائي (٣/ ٢٥) باب: ذكر الاختلاف على أبي هريرة في السجدتين من طريق عقيل عن الزهري عن سعيد وأبي سلمة وأبي بكر بن عبد الرحمن وابن أبي حثمة عن أبي هريرة.

وأخرجه مالك (١/ ٩٤) كتاب الصلاة، رقم (٦٠) عن الزهري عن أبي بكر بن سليمان ابن أبي حثمة بلاغًا. وتوبع مالك تابعه صالح بن كيسان.

أخرجه أبو داود (١/ ٣٣١) كتاب الصلاة، باب: السهو في السجدتين، حديث (١٠١٣)، والنسائي (٣/ ٢٥)، والبيهقي (٢/ ٣٥٨) كتاب الصلاة، وأخرجه عبد الرزاق (٣٤٤١)، والنسائي (٣/ ٢٤) من طريق معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وأبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة عن أبي هريرة.

وقال الزهري: وكان ذلك قبل بدر ثم استحكمت الأمور بعد، ومن هذه الروايات عن الزهري تجد أن الزهري اضطرب في هذا الحديث اضطرابًا شديدًا وقد بين ذلك ابن عبد البر في «التمهيد» فقال: وأما قول الزهري في هذا الحديث، أنه ذو الشمالين، فلم يتابع عليه، =

يعتبر زوال الشمس، يقولون قبل الزوال: كيف أصبحت، ويقولون بعد الزوال: كيف أمسيت، فثبت أن بعد زوال الشمس يدخل أول وقت العشاء، والإجارة تنتهي بدخول أول جزء من الغاية، قالوا: وهذا في عرفهم، أما في عرفنا الإجارة لا تنتهي بزوال الشمس وإنما تنتهي بغروب الشمس؛ لأن اسم العشاء في عرفنا[1]، ينطلق

= وحمله الزهري على أنه المقتول يوم بدر، وقد اضطرب على الزهري في حديث ذي اليدين، اضطرابًا، أوجب عند أهل العلم بالنقل تركه، من روايته خاصة؛ لأنه مرة يرويه عن أبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة (٧٥٧)، قال: بلغني أن رسول الله ﷺ، ركع ركعتين، هكذا حدث به عنه مالك، وحدث به مالك أيضًا، عنه عن سعيد بن المسيب، وأبي سلمة، بمثل حديثه عن أبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة.

ورواه صالح بن كيسان (٧٥٨)، عنه أن أبا بكر بن سليمان بن أبي حثمة أخبره أنه بلغه أن رسول الله ﷺ، صلى ركعتين، ثم سلم، وذكر الحديث وقال فيه، فأتم ما بقي من صلاته، ولم يسجد السجدتين اللتين تسجدان، إذا شك الرجل في صلاته، حين لقنه الرجل، قال صالح، قال ابن شهاب: فأخبرني هذا الخبر سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، قال: وأخبرني به أبو سلمة بن عبد الرحمن، وأبو بكر بن عبد الرحمن وعبيد الله بن عبد الله، ورواه ابن إسحاق، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب، وعروة ابن الزبير، وأبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة، قال: كلُ قد حدثني بذلك، قالوا: صلى رسول الله بالناس الظهر، فسلم من ركعتين، وذكر الحديث.

وقال فيه الزهري: ولم يخبرني رجل منهم أن رسول الله ﷺ سجد سجدتي السهو، فكان ابن شهاب، يقول: إذا عرف الرجل ما يبنى من صلاته، فأتمها، فليس عليه سجدتا السهو؛ لهذا الحديث. وقال ابن جريج: حدثني ابن شهاب، عن أبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، عمن يقنعان بحديثه أن النبي عليه السلام، صلى ركعتين في صلاة الظهر، أو العصر، فقال له ذو الشمالين ابن عبد عمرو: يا رسول الله، أقصرت الصلاة؟ أم نسيت؟ وذكر الحديث، ورواه معمر، عن ابن شهاب، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، وأبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة، عن أبي هريرة، وهذا اضطراب عظيم، من ابن شهاب، في حديث ذي اليدين، وقال مسلم ابن الحجاج، في كتاب التمييز له: قول ابن شهاب: إن رسول الله ﷺ، لم يسجد يوم ذي اليدين سجدتي السهو، خطأ وغلط. وقد ثبت عن النبي عليه السلام أنه سجد سجدتي السهو ذلك اليوم من أحاديث الثقات ابن سيرين وغيره. وقال: لا أعلم أحدًا من أهل العلم والحديث المنصفين فيه، عول على حديث ابن شهاب في قصة ذي اليدين لاضطرابه فيه وأنه لم يتم له إسنادًا ولا متنًا، وإن كان إمامًا عظيمًا في هذا الشأن، فالغلط لا يسلم منه أحد، والكمال ليس لمخلوق، وكل أحد يؤخذ من قوله ويترك إلا النبي ﷺ، فليس قول ابن شهاب إنه المقتول يوم بدر حجة؛ لأنه قد تبين غلطه في ذلك.

(١) زاد في أ: أن.

على ما بعد غروب الشمس، وكذلك إذا قال بالفارسية: (أين خريدرم كرفتم تاشباتكاه)، فهذا إلى غروب الشمس في عرفنا.

إن تكارى دابة يوما ليركبها، فإنه يركبها من حين طلوع الفجر [الثاني][١] إلى غروب الشمس عملاً بحقيقة اسم اليوم، وإنما ترك العمل بحقيقة هذا الاسم فيما إذا استأجر رجلاً يومًا ليعمل به عمل كذا.

قلنا: إن على الأجير أن يعمل بعد صلاة الفجر بحكم العرف الغالب على ما مر، والعرف في الدابة بخلاف ذلك، فإن الناس يركبون الدواب في جنازاتهم بغلس ليصلوا إلى مقصدهم قبل الليل فيعمل[٢] بحقيقة الاسم، فإذا استأجر دابة ليلاً، فإنه يركبها عند غروب الشمس إلى[٣] الفجر [الثاني][٤]، فكأنه نص على ذلك، ولو نص على ذلك كان الجواب كما قلنا فهنا كذلك.

وفي فتاوى أبي الليث: أعطى رجلاً درهمين ليعمل به يومين فعمل له يومًا واحدًا وامتنع عن العمل في اليوم الثاني، فإن كان سمى له عملاً فالإجارة جائزة، ويجبر على العمل، وإن لم يعمل حتى مضي اليوم الثاني لا يطالب بالعمل، وإن كان سمى له العمل، إلا أنه قال: يومين من الأيام، فالإجارة فاسدة لجهالة الوقت، وله أجر مثله إن عمل.

وفي فتاوى الفضلي: إذا استأجر رجلاً يومًا ليعمل كذا فعليه أن يعمل ذلك العمل إلى تمام المدة ولا يشتغل بشيء آخر سوى المكتوبة.

وفي فتاوى أهل سمرقند: قال بعض مشايخنا: إن له أن يؤدي السنة أيضًا، واتفقوا أنه لا يؤدي نفلاً. وعليه الفتوى.

وفي غريب الرواية: قال أبو علي الدقاق - رحمه الله -: المستأجر لا يمنع

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) زاد في ز: فيها.
(٣) زاد في ز: أن يطلع.
(٤) سقط في ز.

الأجير في المصر من إتيان الجمعة ويسقط من الأجر بقدر اشتغاله بذلك إن كان بعيدًا، وإن كان قريبًا لم يحط عنه شيئًا من الأجر، فإن كان بعيدًا فاشتغل قدر ربع النهار حط عنه ربع الأجر، فإن قال الأجير: حط من الربع مقدار اشتغالي بالصلاة، لم يكن له ذلك، ثم قال: يحتمل أن يحتمل[١] من الربع مقدار اشتغاله بالصلاة[٢].

❊ ❊ ❊

(١) كذا في أ، ولعل الصواب: يحط.
(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٤١٠).

الفصل الرابع
في الخيار في الإجارة الثابت بالشرط وبغير الشرط
ويدخل فيه بعض مسائل الشروط في الإجارة

ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في الفتاوى الصغرى: إذا استأجر الرجل [رجلًا](١) (تابسب دبك روئين بسايد) ببدل معلوم ففعل ذلك بالعشرة وامتنع عن الباقي، قال: إن كان قد أراه القدور وقت الاستئجار يجبر على الباقي، وإن لم يرها لم يجبر؛ لأن في الوجه الأول: الإجارة قد صحت، وفي الوجه الثاني: لم تصح لجهالة المعقود عليه(٢).

وأصل هذه المسألة(٣) ما ذكره محمد - رحمه الله - في الإجارات: أن من شارط قصارًا على أن يقصر له عشرة أثواب ببدل معلوم، ولم يره الثياب ولم تكن عنده، كان فاسدًا، وإن أراه الثياب كان جائزًا.

وإذا سمى له جنسًا من الثياب، ذكر شيخ الإسلام خواهرزاده في شرحه: أن هذا نظير ما لم يره، يعني يكون فاسدًا.

وذكر شمس(٤) الأئمة السرخسي في شرحه: أنه إن بالغ في بيان الصفة على وجه يصير مقدار عمله معلومًا فهو وما لو أراه الثياب سواء، فيجوز أن يكون قول شمس الأئمة في مسألة القدر(٥) كقوله في القصار فيتأمل عند الفتوى.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمهما الله -: قصار شارطه رجل على أن يقصر له ثوبًا مرويًا بدرهم ورضي به القصار، فلما رأى القصار الثوب، قال: لا

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) زاد في ز: وعلى هذا: إذا استأجر رجلا (ما ينسب زيد تنحى بماله) ففعل ذلك بالعشرة وامتنع عن الباقي، فهو على الوجهين الذي ذكرناهما.
(٣) في ز: المسائل.
(٤) في ز: شيخ.
(٥) زاد في أ، ز: والمرندنيجي.

أرضى به، فله ذلك، قال: وكذلك الخياط.

والأصل فيه: أن كل عمل يختلف في نفسه باختلاف المحل يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المحل، والقصارة[١] تختلف باختلاف المحل وكذلك الخياطة، فلأجل ذلك أثبتنا له خيار الرؤية فيهما.

قال ثمة: وإذا استأجر رجلاً ليكيل له كر حنطة، فلما رأى الحنطة، قال: لا أرضى به، فليس له ذلك.

وكذلك إذا استأجر رجلاً ليحتجم له بدانق - ورضي به، فلما كشف عن ظهره قال: لا أرضى به فليس له ذلك؛ لأن العمل هاهنا لا يختلف، ذكره الحاكم الشهيد - رحمه الله -.

في المنتقى: رجل استأجر رجلاً بدرهم على أن يحلج له قطنًا معلومًا وسماه، فهو جائز إذا كان القطن عنده، وكذلك إذا قال: أقصر لي مائة ثوب مروي، جاز إن[٢] كان الثياب عنده.

والأصل: أن الاستئجار على عمل في محل هو عنده جائز، والاستئجار على عمل في محل ليس عنده لا يجوز، كما لا يجوز [بيع][٣] ما ليس عند الإنسان، قال: وهو بالخيار إذا رأى الثياب، ولا خيار له في مسألة القطن، وهو بناء على الأصل الذي قلناه.

قال في نوادر هشام عن محمد - رحمه الله -: رجل استأجر غلامًا سنة بدار [له][٤]، فاشتغل الغلام سنة ومضت السنة ونظر آجر الغلام إلى الدار ولم يكن رآها فقال: لا حاجة لي فيها، قال: له ذلك وله أجر مثل غلامه، وفي المسألة نوع إشكال.

(١) في أ، ز: والقصار.
(٢) في أ: إذا.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) سقط في ز.

ووجهه: أن بالرد بخيار الرؤية ينفسخ العقد من الأصل فتصير المنافع مستوفاة بلا عقد فكيف تتقوم؟

والجواب: أن الانفساخ لا يظهر في حق المستوفي، أو يقول: المنافع كما تتقوم بالعقد تتقوم بالشرط، وبالرد بخيار الرؤية لا يتبين أن الشرط لم يكن.

رجل استأجر كرمًا لم يره، وقد كان باع صاحب الكرم الأشجار قبل الإجارة حتى صحت الإجارة[١]، كان للمستأجر خيار الرؤية في الكرم، ولو تصرف في الكرم تصرف الملاك بطل خيار الرؤية في الكرم كما في البيع، وإن أكل الثمار من الكرم.

فقد قيل: لا يبطل خيار الرؤية؛ لأنه تصرف في المشترى وهو الثمار لا في المستأجر وهو الكرم[٢]، ويثبت خيار العيب في الإجارة كما في البيع، إلا أن في الإجارة ينفرد المستأجر بالرد قبل القبض وبعد القبض، [وفي البيع ينفرد المشتري بالرد قبل القبض وبعد القبض][٣]، يحتاج إلى القضاء أو الرضا.

وروى إبراهيم عن محمد - رحمهما الله -: رجل أجر من آخر دارا أشهرا مسماة ببدل معلوم على أنه بالخيار فيها شهرًا ودفعها إلى المستأجر فسكنها المستأجر قبل إجازة رب الدار فلا أجرة عليه فيما سكن، وإنما يجب عليه الأجر فيما سكن بعد إجازة المالك وجعل الإجارة بالخيار كالمعدوم في حق الحكم كما في باب البيع.

وعن إبراهيم عن محمد: رجل قال لغيره: استأجرتك اليوم على أن تنقل هذا التل إلى موضع كذا، وذلك لا ينقل إلا في أيام كثيرة، قال: هذا يكون على اليوم ولا يكون على العمل.

والأصل: أن المستأجر متى جمع بين العمل وبين الإضافة إلى الزمان في العقد، ومثل ذلك العمل فلا[٤] يقدر الأجير على تحصيله في ذلك الزمان كان العقد على

---

(١) زاد في أ: لما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.
(٢) زاد في ز: ولو قيل: يبطل، فله وجه أيضا.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في أ، ز: ما لا.

الزمان، وكان استحقاق الأجير الأجر معلقًا بتسليم النفس في ذلك الزمان؛ لأن الإجارة نوع [من البيع](١)، فيراعى له كون المبيع مقدورًا عليه.

وفي النوازل: قال لآخر: آجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم على أن أهب لك أجرة شهر رمضان، أو قال: على ألا أجر عليك في شهر رمضان، فهذه إجارة فاسدة.

وفيه أيضًا: آجر حمامًا سنة ببدل معلوم على أن يحط عنه أجرة شهرين للتعطيل، فالإجارة فاسدة؛ لأن هذا شرط يغاير مقتضى العقد؛ لأن مقتضاه ألا يلزمه أجرة أيام التعطيل شهرًا كان أو أكثر أو أقل، فحكمه بحط أجرة شهرين يخالف مقتضى العقد، حتى لو قال: على أن مقدار ما كان معطلاً فلا أجر عليه فيه، يجوز؛ لأن هذا يوافق مقتضى العقد ويقرره.

وهو نظير ما قال في الجامع الصغير: إذا اشترى زيتًا على أن يحط عنه لأجل الزق، خمسين رطلاً لا يجوز، ولو قال: على أن يحط مقدار وزن الزق جاز.

وفيه أيضًا: استأجر حماميًا على أنه إن نابته نائبة فلا أجر له، فالإجارة فاسدة؛ لأن النائبة أن يمرض أو(٢) يعرض له شغل، فهذا شرط فاسد، هكذا ذكر، ولم يذكر أن (الهاء) في قوله: (إن نابته) ضمير الآجر أو ضمير المستأجر، فإن كان ضمير المستأجر فإنما فسدت هذه الإجارة؛ لأنه شرط يخالف موجب العقد، وموجب العقد وجوب الأجر إذا سلم الأجير نفسه للعمل مرض المستأجر أو لم يمرض؛ لأن ذلك ليس بقدر هاهنا، وإن كان ضمير الآجر فإنما فسدت هذه الإجارة؛ لأنه شرط ابتغاء الأجر بمطلق المرض واعتراض الشغل، وذلك قدر لا يعجزه عن العمل فإن أعجزه فموجبه حق الفسخ لانتفاء الأجر أبدا، وإن كان موجبه انتفاء الأجر لكن مقصورًا على مدة المرض أو الشغل وقد شرط(٣) الإجارة مطلقًا بالكلية فلأجل ذلك

---

(١) في ز: بيع.
(٢) في ز: ولا.
(٣) في أ، ز: نصت.

فسد العقد.

وفيه أيضًا: حانوت احترق واستأجره رجل كل شهر بخمسة دراهم على أن يعمره على أن يحتسب بنفقته فعمره فهذه الإجارة فاسدة، وإنما فسدت هذه الإجارة؛ لأن هذا في معنى استئجار المستأجر بالقيام على العمارة، فكان إدخال صفقة في صفقة أخرى، ولأن شرط العمارة على المستأجر شرط يخالف مقتضى العقد(١)؛ لأن إصلاح الملك على المالك فيوجب فساد العقد، فإن سكن المستأجر الحانوت فعليه أجر المثل بالغًا ما بلغ؛ لأن الآجر لم يرض بالمسمى وحده، وللمستأجر النفقة(٢) التي أنفقها في العمارة وأجر مثله في قيامه على العمارة؛ لما ذكرنا أن اشتراط العمارة على المستأجر في معنى استئجار المستأجر للقيام عليها، أكثر ما فيه أن هذا عقد فاسد، إلا أن المنافع تتقوم بالعقد الفاسد.

وفيه [أيضًا](٣): خان بعضه خراب وفيه حوانيت عامرة، استأجر رجل العامرة كل شهر بخمسة عشر درهما، والخراب كل شهر بخمسة [دراهم](٤)، على أن يعمر الخراب بماله، ويحسب نفقته من جملة الأجر، فاعلم بأن استئجار الخراب ليعمره بماله وينتفع به بعد ذلك فاسد، إذا شرط أن تكون العمارة للآجر، وللمستأجر على المؤجر نفقته وأجر مثله فيما عمل، وللمؤجر أن يسترد الحوانيت التي عمرها المستأجر منه لما فسدت الإجارة، وأما الحوانيت العامرة فالإجارة فيها جائزة لعدم المفسد.

وفي الأصل: رجل تكارى من رجل [دارًا سنة](٥) على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام، فإن رضيها أخذها بمائة درهم، وإن لم يرض أخذها بخمسين درهمًا، فذلك

---

(١) في أ، ز: الشرع.
(٢) في ز المنفعة.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ز: دابة.

فاسد لوجهين:

أحدهما: أنه صفقتان في صفقة واحدة، أو شرطان في عقد واحد، وكل ذلك لا يجوز.

والثاني: أن الأجر مجهول فإنه مائة إن رضيها وخمسون إن لم يرضها، ولا يدري أن يرضاها [أو لا يرضاها][١].

فرق أبو حنيفة - رضي الله عنه - بين هذه المسألة وبين ما إذا استأجر منزلًا على أنه قعد[٢] فيه خياطًا فأجر كل شهر عشرة [دراهم][٣]، وإن قعد[٤] فيه حدادًا أو قصارًا أو طحانًا فأجر كل شهر عشرون [درهمًا][٥]، فإن الإجارة جائزة على قوله الآخر، وهاهنا قال: لا يجوز.

والفرق: أن هناك الإجارة وقعت على معنيين مختلفين، وسمى لكل واحد منهما بدلًا معلومًا وشرط لنفسه الخيار وهذا جائز في بيع العين، فإنه لو اشترى عبدين على أنه بالخيار إن اختار هذا أخذه بألفين، وإن اختار هذا أخذه بألف فهو جائز، وكذلك في الإجارة فإنه إذا دفع إلى خياط يومًا هذا على أنه إن خاطه روميًّا فله درهم، وإن خاطه فارسيًّا فله نصف درهم، وذلك جائز، فكذا هاهنا.

أما في المسألة أوقع العقدين على منفعة واحدة ببدلين مختلفين على أنه بالخيار إن رضيه أخذه بمائة[٦] درهم، وإن لم يرضه أخذه بخمسين[٧] كان العقد فاسدًا وكذا في بيع المنفعة، فإن سكنها وجب عليه أجر المثل في ثلاثة أيام، أما بعد ثلاثة أيام فلأنه سكنها بحكم العقد والثلاثة أيام، ولأن الفاسد من العقود معتبر بالصحيح.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ، ز: فعل.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في أ، ز: فعل.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) في أ، ز: بألف.
(٧) في أ، ز: بخمسمائة.

ولو كانت الإجارة صحيحة وللمستأجر فيه خيار إذا سكنها في الأيام الثلاثة وجب عليه الأجر، فكان السكنى منه دليل الاختيار، وكذا إذا كان فاسدًا ولا يضمن ما أهدم من سكناه لا في مدة الخيار ولا بعد مضي الخيار، وليس لأحدهما فيه خيار الشرط، ولا يضمن ما أهدم من سكناه في مدة الخيار؛ لأن الفاسد من العقود معتبر بالصحيح.

ولو كانت الإجارة جائزة والخيار فيها للمستأجر إذا سكن في مدة الخيار[١] وأهدم الدار من سكناه لا يضمن؛ لأنه بالسكنى سقط خياره وملك المنافع عندهم جميعًا فصار مستوفيًا بحكم الإجارة فلم يضمن ما انهدم من سكناه فكذلك هذا، وكما في بيع العين إذا كان المشتري بالخيار وقبض ما اشترى وهلك شيء مما في يده لزمه البيع وكان عليه الثمن كذا هاهنا، وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار مشروطًا لصاحب الدار فإنه يضمن[٢] المستأجر قيمة ما انهدم من سكناه في مدة الخيار، كما في بيع العين إذا هلك شيء من المبيع في يد المشتري وكان الخيار للبائع فإنه يضمن فيه ذلك كما لو كان غاصبًا وكذلك هنا[٣].

وإن قال: أنا بالخيار ثلاثة أيام فإن رضيها أخذها بمائة درهم كانت الإجارة جائزة؛ لأن البدل معلوم إلا أنه شرط فيها خيار الشرط، وخيار الشرط مما لا يفسد عقد الإجارة عندنا.

وقال الشافعي - رضي الله عنه -: بأنه يفسدها؛ وذلك؛ لأن خيار الشرط في الإجارة يجعل الإجارة بمعنى المضاف؛ لأن الخيار متى سقط لا يقطع الملك من وقت العقد؛ لأن ما وجد من المنافع في مدة الخيار تلاشى، وإنما يقع معتبرا من حين سقوط الخيار فيصير بمعنى المضاف، ومن مذهبه أن إضافة الإجارة إلى وقت

---

(١) زاد في ز: لا لا إلى.
(٢) زاد في أ، ز: من.
(٣) في ز: هذا.

يأتي لا يجوز بخلاف البيع؛ لأن المبيع قائم وقت سقوط الخيار، فيقع الملك من وقت العقد لا من وقت سقوط الخيار فلا يصير بالمعنى المضاف.

وعلماؤنا رحمهم الله ذهبوا في ذلك إلى أنه يصير بمنزلة المضاف إلى وقت سقوط الخيار إلا أن إضافة الإجارة إلى وقت يأتي جائز، إلا أن الإجارة مما يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع في نفسها فيصير مضافًا من حيث الاعتبار، فتصير المسألة على هذا فرعًا على تلك المسألة، فإن سكنها في الثلاثة الأيام فقد لزمته الإجارة؛ لأن السكنى منه دليل الاختيار كما في بيع العين فتلزمه الإجارة، وكان عليه أجر ما سكن ولا ضمان عليه فيما انهدم.

قالوا: أورد هذه المسألة عقيب الأولى ليثبت حكم إجارة صحيحة شرط فيها الخيار للمستأجر حتى يعتبر الفاسد به.

رجل استأجر ثورًا من رجل ليطحن عليه [كل يوم](١) عشرين قفيزًا فوجده المستأجر لا يطحن إلا عشرة أقفزة، كان المستأجر بالخيار، إن شاء رضي به كذلك، وإن شاء رد؛ لأنه لم يسلم له بشرط منتفع به فيخير، كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب أو خباز فوجده غير كاتب وغير خباز، فإن رضي به لزمه أجر كل يوم بتمامه كما في بيع العين إذا رضي بالعبد كذلك غير كاتب وغير خباز لزمه جميع الثمن، وإن رد كان عليه أجر اليوم الذي استعمله بتمامه ولا يحط عنه شيء بسبب النقصان عن العمل؛ لأن الإجارة وقعت على الوقت ولهذا يستحق الأجر وإن لم يطحن عليه شيئًا، وكان ذكر المقدار لبيان قوة الدابة ومبلغ عمله لا لتعلق العقد، وإذا كان العقد واقعًا على الوقت لا على العمل يوزع الأجر على الأيام لا على العمل فيلزمه أجر اليوم الذي استعمله بتمامه، والله أعلم.

---

(١) سقط في أ.

الفصل الخامس
في تصرف المؤجر في الأجر

روى أبو سليمان عن محمد - رحمه الله - في الإملاء: رجل آجر أرضه من رجل بألف درهم وقبضها، وزرعها أو لم يزرعها ولم تمض السنة حتى أخذ رب الأرض من المستأجر خمسين دينارًا [من الأجر](١)، ولم يكن شرط في العقد تعجيلاً، فهو جائز، قال: ؛ لأن الإجارة كان أصلها صحيحًا، وإن انتقضت الإجارة في شيء من السنة رد رب الأرض على المستأجر من الدراهم التي آجر بها الأرض بقدر ما هي من السنة، ولم يرد من الدنانير شيئًا.

علل وقال: ؛ لأن أصل الصرف كان صحيحًا، وهذا قول محمد - رحمه الله - وهو قول أبي يوسف الأول، وعلى قول أبي يوسف الآخر: يرد رب الأرض من الدنانير التي أخذها من المستأجر بقدر ما بقي من السنة؛ لأن على قوله الآخر لا يجوز الصرف إلا بقدر ما يجب الأجر.

والحاصل: أنه إذا شرط في العقد تعجيل الأجرة فتصارفا الأجر، وأخذ رب الأرض بالدراهم دنانير فالعقد صحيح بلا خلاف، وإن [لم](٢) يشترط فيه تعجيل الأجرة فتصارفا جاز الصرف في قول أبي يوسف، وهو قول محمد.

وفي قوله الآخر: لا يجوز الصرف؛ لأن هذه مصارفة بدين غير واجب حال المصارفة؛ لأن الأجرة غير واجبة قبل استيفاء المنفعة، واشتراط التعجيل لم يوجد نصًا قبل هذه المصارفة، وغير المنصوص إنما يجعل منصوصًا عليه إذا لم يكن لأجل المنصوص عليه صحة بدونه، وأصل الصرف صحيح بدون اشتراط التعجيل قبله، فإنه إذا نقد الأجرة في المجلس جاز؛ لأنه إذا لم ينقد يبطل الصرف بعد الصحة فلو أثبتنا لبقاء العقد على الصحة لا لإثبات صحة أصل العقد، وإنه لا

---
(١) في ز: بالأجر.
(٢) سقط في ز.

يجوز، وهذا إذا كانت الأجرة دينًا، فإن كان عينًا بأن كانت نقرة بعينها فأعطاه المستأجر مكانه دينًا لا يجوز على كل حال بلا خلاف؛ لأن الأجرة إذا كانت عينًا فهو بمنزلة المبيع واستبدال المبيع، قبل القبض لا يجوز.

وإذا أبرأ الآجر المستأجر من الأجرة قبل استيفاء [المنفعة](١) ولم يكن شرط التعجيل أو وهبها منه، أو تصدق بها عليه لم يجز في قول أبي يوسف - رحمه الله - عينا كانت الأجرة أو دينًا، والإجارة على حالها لم تفسخ.

وقال محمد - رحمه الله -: إن كانت الأجرة دينًا جازت الهبة والإبراء، قبل المستأجر ذلك أو لم يقبل ولا تنتقض الإجارة، وإن كانت(٢) عينًا ووهبها منه وذلك كان قبل أن يتقابضا، فإن قبل الهبة بطلت الإجارة، وإن رد الهبة عادت الإجارة على حالها ولا تبطل.

وأبو يوسف قال: الإبراء إسقاط فيعتمد سابقة الوجوب والهبة تملك فيعتمد سابق الملك، ولا وجوب ولا ملك قبل استيفاء المنفعة، وقبل اشتراط التعجيل.

و[قال](٣) محمد(٤): الوجوب والملك سابق(٥)، فيقام مقام الوجوب والملك في حق صحة التصرف.

ثم إن محمدًا - رحمه الله - فرق بين الإبراء والهبة إذا كانت الأجرة دينًا وبين الهبة إذا كانت [الأجرة](٦) عينًا فجوز الهبة والإبراء في الدين قبل المستأجر ذلك أو لم يقبل، ولم يجوز الهبة في العين من غير قبول المستأجر.

والفرق: أن الإبراء والهبة في الدين إسقاط فيه معنى التمليك، فمن حيث إنه

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) زاد في أ: الأجرة.
(٣) سقط في أ.
(٤) زاد في أ: سبب.
(٥) في أ: ثابت.
(٦) سقط في أ.

إسقاط لم يتوقف على القبول، ومن حيث إنه تمليك يرتد بالرد، والهبة في العين تمليك محض، والتمليك المحض لا يعمل بدون القبول، فلو شرط التعجيل في الأجرة، أو مضت المدة فالإبراء جائز والهبة جائزة بلا خلاف ولا تنتقض الإجارة، ولو وهب بعض الأجرة أو أبرأه منها والأجرة دين، وكان ذلك قبل استيفاء المنفعة وقبل اشتراط التعجيل فذلك جائز بلا خلاف، وأما على قول محمد - رحمه الله - فظاهر، وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - [لا يصح][1].

وفي مجموع النوازل: إذا استأجر دارًا ثم إن الآجر وهب أجر شهر رمضان، إن استأجرها سنة جازت الهبة؛ لأنه إبراء بعد وجود سبب الوجوب وهذا قول محمد - رحمه الله - فإن استأجرها كل شهر لم يجز إلا إذا دخل رمضان عند محمد - رحمه الله -.

ولو اشترى المؤجر من المستأجر عينًا من الأعيان بالأجرة جاز في قولهم جميعًا ويتعلق العقد بمثل الإجارة دينًا في الذمة، وتقع المقاصة بين الثمن وبين الأجر، واختلف المشايخ - رحمهم الله - في بقية المقاصة.

قال بعضهم: الشراء يقع بثمن مؤجل بسبب تأخر الأجرة، وإذا وجب الأجر وحل الدينان التقيا قصاصًا حقيقة.

وقال بعضهم: الشراء يقع بثمن حال، ويثبت اشتراط تعجيل الأجر من جانب المستأجر وتقع المقاصة بينهما للحال.

وثمرة الخلاف فيما إذا انتقضت الإجارة قبل استيفاء المنفعة، بقي الشراء على القيمة على قول من يقول بأن الشراء حصل بثمن ليس للمستأجر أن يطالب المؤجر بالثمن للحال ما لم تمض مدة الإجارة، وعلى قول من يقول بأن الشراء يثبت بثمن حال كان له أن يطالب بالثمن للحال، وكذا لو أخذ بالأجرة كفيلًا أو رهنًا جاز في قولهم جميعًا.

---

(١) سقط في أ، ز.

[ذكر الحاكم الشهيد في المنتقى][(١)] عن محمد - رحمه الله[(٢)] -: رجل آجر أرضه من رجل بأجر معلوم وقبض الآجر الأجرة، [فلم يزرع المستأجر الأرض، حتى][(٣)] وهب الآجر الأجر للمستأجر ودفعه إليه، ثم انتقضت الإجارة بوجه من الوجوه، كان للمستأجر أن يرجع على المؤجر بما أعطاه من الأجر [إلا][(٤)] بحصة ما مضى من السنة والأرض في يد المستأجر؛ لأنه لم يسلم للمستأجر بعض المعقود عليه فلا يسلم الأجر بحصته[(٥)]، ولو كان وهب له قبل القبض لم يرجع عليه بشيء وهذا ظاهر.

استأجر من آخر شيئًا إجارة طويلة مرسومة صحيحة معلومة بدراهم معلومة، وأعطاه مكان الدراهم دنانير ثم تفاسخا العقد، فالآجر يطالب بالدراهم لا بالدنانير؛ لأن التعجيل مشروط بالطويلة، والأجرة تملك بالتعجيل في الإجارة الصحيحة، فإذا قبض مكان الدراهم دنانير كانت هذه مضاربة بدين سبق وجوبه، وأنه صحيح وصار المستأجر بإيفاء الدنانير موفيًا الدراهم [ولو كان العقد فاسدًا][(٦)]، وباقي المسألة بحالها يطالب الآجر بالدنانير لا بالدراهم؛ لأن الأجرة لا تملك باشتراط التعجيل في الإجارة الفاسدة، فلم تصح المصارفة فلا يصير المستأجر موفيًا بالدراهم فلا يجب على الآجر إيفاء الدراهم.

* * *

(١) في أ، ز: و.
(٢) زاد في أ، ز: في.
(٣) في أ، ز: ثم.
(٤) سقط في ز.
(٥) زاد في أ، ز: من البلد.
(٦) سقط في أ، ز.

الفصل السادس
في المسائل التي تتعلق برد المستأجر على المالك

قال محمد - رحمه الله -: ليس [على المستأجر][١] رد ما استأجر على المالك وعلى الذي آجر أن يقبض من منزل المستأجر، وليس هذا كالعارية، فإن رد المستعار على المستعير.

والفرق: أن الرد بمنفعة القبض، فكل من كان منفعة القبض عائدة إليه كان الرد عليه، قال ﷺ: «الخراج بالضمان»[٢].

وقال ﷺ: «الغنم بإزاء الغرم»[٣]. ومنفعة قبض المستعار عائدة إلى المستعير؛

---

(١) في أ: للمستأجر.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٤) كتاب البيوع، باب: فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا، حديث (٣٥٠٨)، والترمذي (٣/ ٥٧٢، ٥٧٣) كتاب البيوع: باب: كا جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبًا، حديث (١٢٨٥)، والنسائي (٧/ ٢٥٤) كتاب البيوع، باب: الخراج بالضمان، حديث (٤٤٩٠)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٣، ٧٥٤) كتاب التجارات، باب: الخراج بالضمان، حديث (٢٢٤٢)، وأحمد (٦/ ٤٩، ١٦١، ٢٠٨، ٢٣٧)، وعبد الرزاق (١٤٧٧٧)، والطيالسي (١/ ٢٦٧- منحة)، رقم (١٣٤٧)، وأبو يعلى (٨/ ٣٠)، رقم (٤٥٣٧)، وابن حبان (١١٢٥- موارد)، والدارقطني (٣/ ٥٣)، رقم (٢١٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٢١)، والبيهقي (٥/ ٣٢١) كتاب البيوع، باب: المشتري يجد بما اشتراه عيبًا، والحاكم (٢/ ١٤، ١٥)، كلهم من طريق ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة به.

وقال الترمذي: حسن صحيح غريب. وصححه الحاكم ووافقه الذهبي. وصححه أيضًا ابن حبان. وأخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٥) كتاب البيوع، باب: فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا، حديث (٣٥١٠)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤) كتاب التجارات، باب: الخراج بالضمان، حديث (٢٢٤٣)، والدارقطني (٣/ ٥٣)، والحاكم (٢/ ١٥)، وابن الجارود في المنتقى، رقم (٦٢٦)، كلهم من طريق مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة. وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي. وقد توبع مسلم بن خالد تابعه خالد بن مهران. وأخرجه الخطيب (٨/ ٢٩٧، ٢٩٨)، وتابعه أيضًا عمر بن علي المقدمي. وأخرجه الترمذي (٣/ ٥٧٣)، كتاب البيوع، باب: كا جاء فيمن يشتري العبد، حديث (١٢٨٦)، وقال: حسن صحيح غريب.

(٣) لا يصح مرفوعًا إنما هو قاعدة فقهية.

ينظر: المنثور في القواعد الفقهية، للزركشي (٢/ ١٢٠)، والأشباه والنظائر، للسيوطي، ص(١٣٦).

لأن المنفعة سلمت له مجانًا فكانت مؤنة الرد عليه، ولهذا كانت نفقة المستعار على المستعير، ومنفعة قبض المستأجر عائدة إلى المؤجر فإن حقه يتأكد في الأجرة فكانت مؤنة الرد عليه.

فإن قيل: منفعة قبض المستأجر عائدة إلى المستأجر أيضًا، فإن بالقبض يتمكن من الانتفاع.

قلنا: الترجيح لجانب الآجر؛ لأن منفعته فوق منفعة المستأجر؛ لأن الحاصل للآجر عين فإنه يبقى، والحاصل للمستأجر مجرد منفعة فإنها لا تبقى، وما يبقى خير مما لا يبقى فكان الرجحان لجانب الآجر فكان هو أولى بإيجاب الرد عليه.

الثاني: أن يتساوى الجانبان فلا جرم يقع التعارض بين ما يوجب الرد على الآجر وبين ما يوجب الرد على المستأجر فنقول: إيجابه[1] على الآجر أولى؛ لأن المستأجر ملكه ومؤنته على المالك يقتضيه الاصل.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا استأجر الرجل رحى يطحن عليه شهرًا بأجر معلوم، فحمله إلى منزله فمؤنة الرد على رب الرحا، وأراد بالرحا رحا اليد، ويقال بالفارسية (دستاس)، ثم قال: المصر وغير المصر في ذلك سواء في القياس في الإجارة، [والعارية][2] ففي الإجارة [مؤنة الرد][3] تجب على رب المال، وفي العارية على المستعير.

قال مشايخنا: [وتأويل][4] هذا إذا كان الإخراج بإذن رب المال في العارية والإجارة، ففي الإجارة تجب مؤنة الرد على رب المال، وفي العارية تجب مؤنة الرد على المستعير، فأما إذا حصل الإخراج بغير إذن رب المال فمؤنة الرد على الذي أخرجه مستعيرًا كان أو مستأجرًا؛ لأنه صار غاصبًا بالإخراج، ومؤنة الرد على

(١) في أ: الجباية.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) سقط في أ، ز.

الغاصب.

وفي النوازل: رجل آجر من آخر مرجلاً شهرًا ليطبخ فيه العصير، وشرط على المستأجر أن يحمله إلى منزل المؤجر عند الفراغ، فالإجارة فاسدة؛ لأن هذا شرط يخالف مقتضى العقد(١)؛ لأن موجب العقد أن يكون رد المستأجر على المالك، ومثل هذا الشرط يوجب فساد العقد، وإن لم يشترط ذلك على المستأجر لا تفسد الإجارة، فإذا فرغ من عمله قبل مضي الشهر. فعليه الأجر إلى تمام الشهر، وإن كان استأجره كل يوم بكذا، فإذا فرغ من عمله سقط الأجر عنه رده إلى صاحبه أو لم يرده؛ لأن الحمل على صاحبه بعد الفراغ.

وفيه أيضًا: رجل استأجر حبابا وكيزانًا، وقال له المؤجر: ما لم تردها علي صحيحة فلي عليك كل يوم [درهم](٢)، فقبضها، قال: الإجارة في الحباب فاسدة وفي الكيزان جائزة، يريد به إذا سمى للحباب أجرًا معلومًا وللكيزان أجرًا معلومًا صحت في الكيزان المسمى وفي الحباب أجر المثل، وإنما فسدت الإجارة في الحباب؛ لأن لها حملا ومؤنة وما له حمل ومؤنة فاشتراط رده على المستأجر يوجب فساد الإجارة، وأما الكيزان فليس لها حمل ومؤنة فاشتراط ردها على المستأجر لا يوجب فساد الإجارة ويقع لغوًا.

وقيل: بفساد الإجارة في الكيزان أيضًا؛ لأن رد المستأجر على المالك على كل حال، فاشتراطه على المستأجر اشتراط ما لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين؛ لأنه تجري المماكسة في حمل الكيزان وردها خصوصًا إذا كسرت.

وفي كتاب الشروط للإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني رحمه الله: أن من استأجر دابة ليذهب بها إلى مكان كذا بدرهم واشترط الآجر على المستأجر أن يردها إلى منزل الآجر، قال: الإجارة جائزة وطريق الجواز أن يجعل الرد إلى منزل الآجر

---

(١) زاد في ز: والشرع.
(٢) سقط في أ، ز.

مع الدراهم أجرة الذهاب إلى مكان كذا فيكون المبذول من جانب المؤجر شيئان ومنفعة في نفسه في الرد إلى منزل الآجر.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: رجل استأجر من آخر دابة من موضع مسمى من المصر إلى موضع مسمى ذاهبًا وجائيًا، فإن على المستأجر أن يردها إلى الموضع الذي استأجرها فيه، وهذه المسألة دليل على جواز هذا العقد، فإن محمدًا - رحمه الله - قال: على المستأجر الرد إلى المكان الذي استأجرها فيه.

قال ابن سماعة: هذا شرط معتبر، وأنه يقول: منزله مكان الإيفاء في باب السلم، فإن ذهب بها إلى منزله وأمسكها ضمن إذا هلكت؛ لأن الذهاب إلى منزله في هذه الصورة لم يدخل تحت العقد فيصير متعديًّا بالذهاب إلى منزله، فإن قال المستأجر: أنا أركب من هذا الموضع إلى موضع كذا وأرجع إلى منزلي، فليس على المستأجر أن يردها إلى المكان الذي استأجر فيه، وعلى المؤجر أن يأتي منزل المستأجر ويأخذها منه؛ لأن عقد الإجارة انتقض لما عاد إلى منزله فلم يجب الرد على المالك.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن استأجر دابة من مصر إلى مصر فأمسكها في بيته فهلكت، قال: إن أمسكها مقدار ما يمسك الناس ليهيئوا أمورهم فلا ضمان عليه، والأجر ثابت، وإن أمسكها أكثر من ذلك خرجت من الإجارة، وهي مغصوبة عنده.

وعند محمد - رحمه الله - أنه قال بالضمان من غير هذا التفصيل.

[وفي كتاب الشروط للإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله -:](١) رجل استأجر دابة أيامًا معلومة يركبها في المصر، فانقضت الأيام فأمسكها في منزله، ولم يجيء صاحبها ليأخذها فنفقت [الدابة](٢) فلا ضمان عليه من قبل أنه ليس بمتعد

(١) في ز: وفيه أيضا.
(٢) سقط في أ، ز.

في الإمساك؛ لأنه ليس عليه أن يردها على صاحبها وإنما على صاحبها أن يجيء حتى يقبضها، فلو أن المستأجر ساق الدابة ليردها على المالك في منزله مع أنه ليس عليه الرد فهلكت في الطريق فلا ضمان عليه، ولو ذهب المالك إلى بلد آخر وذهب هذا الرجل بالدابة ليردها على المالك فهلكت في الطريق كان عليه الضمان، ويصير بالإخراج عن البلدة غاصبًا.

وفي المنتقى: استأجر دابة وردها إلى منزل الآجر وأدخلها مربطها وربطها، أو أغلق عليها، فلا ضمان [عليه](١)، يعني إذا هلكت أو ضاعت كل شيء يفعل بها صاحبها إذا ردت عليه، فإذا فعل المستأجر يبرأ، ولو أدخلها [دار صاحبها أو أدخلها](٢) مربطها ولم يربطها أو لم يغلق عليها فهو ضامن يعني إذا هلكت أو ضاعت.

استأجر دابة إلى سمرقند أو إلى بخارى، فإذا دخل المكاري البلدة يجب عليه أن يأتي إلى بيت المستأجر، في أول إجارة الدواب.

❋ ❋ ❋

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في ز.

الفصل السابع
في إجارة المستأجر وإعارته

دفع المستأجر أو المزارع الأرض إلى رب الأرض مزارعة، ويدخل فيه الآجر الأول أيضًا مع المستأجر الأول إذا فسخا الإجارة الأولى هل تنفسخ الثانية؟

قال محمد - رحمه الله -: وللمستأجر أن يؤجر البيت المستأجر من غيره، فالأصل عندنا أن المستأجر يملك الإجارة فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به، وهذا؛ لأن الإجارة لتمليك المنفعة والمستأجر في حق المنفعة قام مقام الآجر فلما صحت الإجارة من الآجر تصح من المستأجر أيضًا، فإن آجره بأكثر مما استأجر به من جنس ذلك ولم يزد في الدار شيئًا آخر من ماله مما يجوز عقد الإجارة عليه لا تطيب له الزيادة عند علمائنا - رحمهم الله -.

وعند الشافعي - رضي الله عنه -: تطيب له الزيادة.

وأما إذا زاد في الدار شيئًا كأن جصصها أو طينها وما أشبه ذلك، أو آجر مع ما استأجر شيئًا من ماله يجوز أن يعقد عليه عقد الإجارة ويطيب له الزيادة.

ذكر الخصاف - رحمه الله - في كتاب الحيل: أنه إذا كان المستأجر دارًا وكنسها من التراب ثم آجرها بأكثر مما استأجر لا تطيب له الزيادة، وإن آجرها بأكثر مما استأجر وقال عند الإجارة: على أن أكنس الدار يطيب له الفضل.

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب الحيل: وإن كان المستأجر أرضًا فعمل لها مسناة، فذلك زيادة يطيب له الفضل، قال: وكذلك كلما عمل فيها عملاً يكون قائمًا فكذلك زيادة ويطيب له الفضل.

وإن كرا أنهارها، ذكر الخصاف: أنها زيادة توجب طيب الفضل.

قال القاضي الإمام علي السغدي: أصحابنا - رحمهم الله تعالى - في هذا مترددون بعضهم يعدون هذا زيادة وقالوا: يتيسر على المستأجر إجراء الماء إليها ويسهل العمل فيها فكان ذلك زيادة، وبعضهم لا يعدون هذا زيادة؛ لأنه لم يوجد إلا

رفع التراب وذلك ليس بزيادة، ولو جاز أن تطيب له الزيادة بهذا لجاز أن يقال: إذا استأجر دابة وأعطاها شعيرًا أنه تطيب له الزيادة، فإنه نظير ما لو استأجر أرضًا لا يمكن زراعتها لما قبلها من التراب فرفع التراب ثم آجرها بأكثر مما استأجر فإنه لا يطيب له الفضل وإن تيسر الزراعة بما عمل.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف - رحمه الله: إذا استأجر شيئين صفقة واحدة فزاد في أحدهما شيئًا، وفي بعض النسخ: [لو أصلح][١] في أحدهما شيئًا، له أن يؤجرهما بأكثر مما استأجرهما، [ولو كانت الصفقة متفرقة فليس له أن يؤجرهما بأكثر مما استأجرهما المستأجر][٢].

إذا آجر المستأجر الدار [من المؤجر][٣] هل تنفسخ الإجارة الأولى بالإجارة الثانية مع أن الثانية لم تصح؟، اختلف العلماء فيه، بعضهم قالوا: تنفسخ.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله: هذا غلط؛ لأن الثاني فاسد والأول صحيح، والفاسد لا يقدر على رفع الصحيح، وعامتهم على أنه لا تنفسخ الأولى بالثانية، ولكن إذا قبض الآجر الأول المستأجر من المستأجر الأول حتى انتهت مدة الإجارة الأولى تنتهي الإجارة الأولى، [لكن بمضي مدة الأولى][٤]، لا؛ لأن الثانية فاسخة للأولى، حتى إن بعد مضي بعض المدة لو استرد المستأجر الأول المستأجر من الآجر الأول وأراد أن يسكنها بقية المدة فله ذلك، وعلى هذا حكم الإجارة إذا أخذ الآجر الأول المستأجر من المستأجر بحكم هذه الإجارة ودام على ذلك حتى انتهت المدة فلا أجر على المستأجر، وإن لم يقبضه منه فعلى المستأجر الأول الأجر.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: ذكر في كتاب المزارعة: إذا دفع أرضه مزارعة ثم

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: بأجرة.
(٤) سقط في أ.

إن رب الأرض أخذها مزارعة من المزارع، فالمزارعة الثانية باطلة والأولى على حالها كذا في الإجارة، ولو أن المستأجر أعار المستأجر من المالك لا يسقط عنه الأجر بلا خلاف بين المشايخ.

وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد رحمهما الله: رجل استأجر دارًا [من رجل][١] ثم إن المستأجر أجرها من صاحبها أو أعارها منه فذلك نقض للإجارة الأولى.

ولو استأجر أرضًا ثم دفعها إلى صاحبها مزارعة إن كان البذر من قبل صاحب الأرض لم يجز وهذه مناقضة، وإن كان البذر من قبل المستأجر جاز.

وذكر ابن رستم في «نوادره» عن محمد رحمه الله: أنه لا يجوز دفع الأرض المستأجرة مزارعة إلى رب الأرض سواء كان البذر من جهة رب الأرض أو من جهة المستأجر، ولو استأجر رب الأرض بالدراهم ليعمل في الأرض جاز.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله: رجل استأجر من آخر دارًا أو أرضًا وزاد المستأجر فيها بناء ثم أجرها من الآجر أو أعارها منه كان هذا نقضًا للإجارة الأولى.

قال في فصل الإجارة في «نوادر ابن سماعة»: وعلى رب الأرض حصة بناء المستأجر من الأجر.

قال الحاكم الشهيد رحمه الله: وهذه المسألة دليل على جواز إجارة البناء وحده.

وفي «فتاوى الفضلي»: استأجر من رجل دارًا إجارة طويلة، ثم أجرها من الآجر الأول لا تصح الإجارة الثانية وما أخذه المستأجر الأول فهو محسوب من رأس المال، والإجارة الأولى تنتقض بالشهر الأول من الإجارة الثانية، فأما فيما بعد الشهر الأول شك الفضلي رحمه الله في انتقاضها؛ ثم قال: كلما دخل شهر بعد شهر يجب أن تنتقض الأولى.

---

(١) سقط في ز.

قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله: نظير ما لو باع، ثم باع، فإن الثاني يفسخ الأول كذا هاهنا.

قال القاضي الإمام ركن الإسلام: أكثر ما فيه أن العقد الثاني فاسد، ولكن يجوز أن يقع العقد فاسدًا ويوجب انتقاض عقد وقع صحيحًا.

ألا ترى أن المشتري إذا باع المشترى من البائع قبل القبض فهذا العقد لا يصح ويوجب انتقاض العقد الأول على ما رواه خالد بن صبيح عن أبي يوسف رحمه الله.

وذكر في كتاب الصلح مسألة تدل على أن المستأجر يملك الإجارة من المالك.

وصورتها: الموصى له بغلة عبد بعينه إذا آجر العبد من أجنبي أو وارث الموصى له يجوز.

ووجه الدلالة: وهو أن الوارث قائم مقام المورث وحال الموصى له بالغلة كحال المستأجر وإذا أجر المستأجر المستأجر من رجل ثم إن المستأجر الثاني أجره من المالك

كان القاضي أبو علي النسفي رحمه الله يحكي عن أستاذه: أنه يجوز.

وهكذا ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله في «المنتقى»: عن محمد: أن الإجارة من المالك لا تجوز سواء كان المستأجر الأول آجر بنفسه أو آجر مستأجره.

قال رحمه الله: وعليه عامة المشايخ.

قال[1] الصدر الشهيد رحمه الله في الفتاوى الصغرى: الغاصب إذا أجر المغصوب من غيره ثم إن المستأجر من الغاصب آجره من الغاصب وأخذ منه الأجر، كان للغاصب أن يسترد منه ما دفع إليه من الأجر لوجهين:

أحدهما: أن إجارة المستأجر من الغاصب جعل ردا للمغصوب، كما جعل بيع

---

(١) في ز: ذكر.

المشتري شراءً فاسدًا من بائعه جعل ردًا للمشتري الثاني أن إجازة الغاصب العقد[١] فيصير المستأجر من الغاصب مؤاجرا من أجره، وأنه لا يجوز.

وعلى هذا المستأجر من المالك إذا آجر من غيره ثم إن المستأجر الثاني آجره من المستأجر الأول لا يصح.

إذا استأجر كرمًا ثم إن المستأجر دفع الكرم إلى المؤاجر معاملة فهذا على وجهين: إن كان المالك باع الأشجار كما هو أحد الطريقين جاز وإن كان دفع الأشجار معاملة كما هو الطريق الآخر لا يجوز.

وإذا استأجر إجارة فاسدة فآجر المستأجر من غيره إجارة صحيحة جاز إليه أشار في إجارات الأصل.

ومن المشايخ من قال: إنه لا يجوز، واستخرج الرواية من مسألة ذكرها في كتاب الإجارات في باب إجارة الدور.

وصورتها: رجل دفع داره إلى رجل على أن يسكنها ويرمها ولا أجر له، وآجرها هذا الرجل من رجل وانهدم من سكنى الآجر[٢]، ضمن الثاني بالاتفاق، وهذا إشارة إلى أن الإجارة الثانية صحيحة[٣].

ألا ترى أنه أوجب الضمان على الثاني، وألا ترى أنه سماه غاصبًا، وعامة المشايخ على أنه يضمن[٤].

قالوا: وما ذكر في كتاب الإجارات ليس برواية في هذه المسألة؛ لأن ذلك ليس بإجارة بل هو عارية؛ لأنه ما ذكر المرمة على سبيل الشرط؛ لأنه لم يذكر كلمة الشرط وإنما ذكر على سبيل المشورة، فإن شاء فعل وإن شاء لم يفعل فكان الأول مستعيرًا مستأجرًا، والمستعير لا يملك أن يؤجر.

---

(١) في ز: قد انعقد.
(٢) في أ، ز: الدار.
(٣) في أ، ز: لم تصح.
(٤) في أ، ز: يملك.

وزان مسألتنا من تلك: أن لو ذكر المرمة على سبيل الشرط ولو كان هكذا حتى كان العقد الأول إجارة فاسدة لا يجب الضمان على الثاني، وتصح الإجارة من الثاني، ثم على قول من يقول بأن المستأجر إجارة فاسدة يملك أن يؤاجر من غيره إجارة صحيحة إذا أجر كان للأول أن ينقض الثاني.

كما إذا اشترى شيئًا شراءً فاسدًا وأجره من غيره إجارة جائزة بخلاف ما إذا اشترى شراء فاسدًا وباعه من غيره بيعًا صحيحًا.

وفي النوازل عن أبي نصر - رحمه الله -: أن المستأجر إجارة فاسدة إذا قبض الدار ليس له أن يؤاجرها من غيره لكن لو آجرها استحق الأجر على المستأجر الثاني.

المستأجر إذا أجر من غيره أو دفع إلى غيره مزارعة، ثم إن المستأجر الأول فسخ العقد الأول هل ينفسخ العقد الثاني؟ اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه ينفسخ اتحدت المدة أو اختلفت، أما إذا اتحدت المدة فظاهر، وأما إذا اختلفت فلأنه لما فسخ الإجارة الأولى [تبين أن المستأجر فضولي في الإجارة من الثاني في هذه المدة وهو المدة بعد فسخ الأول، والفضولي في المعاوضات المالية يملك الفسخ قبل الإجازة.

وفي «فتاوى الفضلي»: استأجر الرجل من غيره موضعًا إجارة طويلة ثم إن المستأجر أجره من عبد الآخر، فإن كان بغير إذن مولى العبد لم يحسب على المستأجر ما أخذ من العبد من رأس ماله؛ لأنه ليس للعبد أن يفسخ الإجارة بغير إذن المولى، وأما إذا كان العبد استأجره بإذن المولى، فقد توقف الشيخ الإمام فيه، والصحيح أن يقال: استئجار العبد بإذن المولى كاستئجار المولى بنفسه، وقد مرّ الكلام فيه من قبل.

وفي «فتاوى أبي الليث»: رجل أجر داره من رجل كل شهر بدرهم ثم باعها من آخر، فكان المشتري يأخذ أجرة الدار من هذا المستأجر وأتى على ذلك زمان، وقد

كان وعد المشتري البائع أنه إن رد الثمن عليه رد عليه داره ويحتسب عليه ما قبض من المستأجر، ثم جاء البائع بالدرهم وأراد أن يحسب الأجر من ذلك.

قال: لما طلب المشتري الأجر من المستأجر كان ذلك إجارة منه وصار بمنزلة إجارة مستقلة وجميع ما أخذ من الأجر للمشتري، وليس للبائع من الأجر لا قليل ولا كثير؛ لأن الأجر وجب بعقد المشتري على ما ذكرنا، ومواضعة المشتري على رد الدار وعد منه فإن أنجز فحسن وإلا فلا شيء عليه، وإن كان الشرط في البيع فالبيع فاسد؛ لأنه شرط يخالف مقتضى العقد، الأجر المستأجر من رجل آخر لا تنعقد الإجارة الثانية في حق الآجر حتى لو سقط حق المستأجر الأول لا يلزمه التسليم إلى المستأجر الثاني؛ لأن الإجارة تصادف المنفعة والمنفعة صادفت حقًا للأول، فالإجارة الثانية صادفت حق الغير فلم تنعقد، والإجارة تخالف البيع فإن بيع الآجر المستأجر ينعقد نافذًا في حق البائع حتى لو سقط حق المستأجر يلزمه التسليم إلى المشتري، إنما لا ينفذ في حق المستأجر حتى لا يكون للمشتري حق الأخذ من المستأجر؛ لأن البيع يصادف الرقبة والرقبة لم تصر حقًا للمستأجر، فالبيع ما صادف حق المستأجر إنما صادف حق البائع فانعقد صحيحًا لكن لا يؤمر المستأجر بتسليمه إلى المشتري صيانة لحق المستأجر، فإذا سقط حق المستأجر زال المانع فعمل ذلك البيع عمله.

ثم المشتري في هذه المسألة بالخيار إن شاء تربص حتى انقضت مدة المستأجر، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ويطلب التسليم هكذا ذكر في «الزيادات» ولم يفصل بين ما إذا علم المشتري بكونه مستأجرًا أو لم يعلم وهذا قول محمد.

وعلى قول أبي يوسف: إذا علم المشتري بكونه مستأجرًا لا يجوز، وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع.

ولو أراد المستأجر فسخ هذا البيع ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في «الفتاوى»: أن في ظاهر الرواية له ذلك، وفي رواية الطحاوي ليس له ذلك وأحال إلى رهن

الجامع لشمس الأئمة الحلواني في شرح «الأسبيجابي» إنه ليس للمستأجر حق الفسخ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي، وهكذا ذكر في شرح القدوري، وفي شرح الساقي في رهن الجامع للسيد الإمام أبي شجاع، وذكر شيخ الإسلام أن في المسألة روايتين: في رواية للمستأجر حق الفسخ وهو القياس، وفي رواية ليس له حق الفسخ وهو الاستحسان وعليه الفتوى.

وفي «إجارات النوازل»: رجل استأجر حانوتًا كل شهر بثلاثة دراهم مثلاً، فلما مضى شهران قال له صاحب الحانوت: إن رضيت كل شهر بخمسة دراهم وإلا فأفرغ الحانوت فلم يفرغ بل سكن فيه فعليه لكل شهر خمسة وسكناه رضا بما قال صاحب الحانوت، ولو قال المستأجر: لا أرضى بخمسة وسكنها لا يجب عليه إلا الأجر الأول.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إذا قال لغيره: بكم تؤاجر هذه الغرارة شهرًا؟ فقال: بدرهمين، فقال المستأجر: لا بل بدرهم، وقبضها ومضى الشهر، يجب أجر المثل لا يزاد على درهمين ولا ينقص من درهم، والصحيح [أنه يجب درهم لما ذكرنا][١].

* * *

(١) ما بين المعقوفين بياض في أ، ز، والمثبت من المحيط البرهاني.

[الفصل الثامن
في انعقاد الإجارة بغير لفظة الإجارة وفي الحكم ببقاء الإجارة وانعقادها بما ينافيها][(١)]

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - ومن رعى غنم إنسان إذا قال الراعي لصاحب الغنم: لا أرعى غنمك بعد هذا إلا أن تعطيني كل يوم درهمًا فلم يقل صاحب الغنم شيئًا وترك غنمه معه لزمه لكل يوم درهم؛ لأن ترك صاحب الغنم غنمه معه رضا منه بما قاله الراعي.

وفيه أيضًا: رجل استأجر أجيرًا ليحفظ شهره كل شهر بكذا ثم مات المستأجر فقال الوصي [للأجير][(٢)]: اعمل عملك كما كنت، فإنا لا نحبس عنك الأجر فأتى على ذلك أيام ثم باع الوصي الضيعة فقال المشتري للأجير: اعمل عملك كما تعمل فإنا لا نحبس عنك الأجر فهذا على أن ما عمل الأجير في حياة الأول يجب في تركته، ومن حين قال له الوصي: اعمل عملك يجب على الوصي، ومن حين قال له المشتري: اعمل عملك، يجب على المشتري، إلا أن الواجب في تركة الميت المسمى لوجود التسمية منه، والواجب على الوصي وعلى المشتري أجر المثل إذا لم يعلما مقدار المشروط من الميت أما إذا علما بذلك فعليهما المسمى.

وفيه أيضًا: رجل استأجر من رجل حمارًا بعشرة بعضها جياد وبعضها زيوف، فقال المكاري في الطريق: أنا أطلب الكل جيادًا فقال المستأجر بالفارسية: (حنان كتم له ترخوا مني)، فهذا وعد منه ولا يلزمه بذلك شيء وكذلك لو استزاده في الأجر فأجابه بذلك.

قال في الأصل: إذا استأجر دابة إلى مكان مسمى فمات صاحب الدابة في وسط الطريق كان للمستكري[(٣)] أن يركب الدابة إلى المكان المسمى بالأجر، وإذا وصل

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) في أ، ز: المشتري.

إلى ذلك يرفع الأمر إلى القاضي، وفي هذا الفصل إشكال؛ لأن المكاري مؤجر وموت المؤجر يوجب انتقاض الإجارة، وإنما لا ينتقض؛ لأن الحالة حالة العذر والإجارة تنعقد ابتداء بالعذر، فإن من استأجر سفينة شهرًا فمضت المدة والمستأجر وسط البحر فإنه تنعقد بينهما إجارة مبتدأة، فلأن تبقى حالة العذر كان أولى، وبيان العذر أنه يخاف على نفسه وماله؛ لأنه لا يجد دابة أخرى في وسط المفازة، ولا يكون ثمة قاض حتى يرفع الأمر إليه فيؤجر الدابة منه ثانيًا، حتى قال مشايخنا - رحمهم الله -: لو وجد دابة أخرى يحمل عليها متاعة تنتقض الإجارة، وكذا لو كان الموت في موضع فيه قاض تنتقض الإجارة؛ لأنه لا ضرورة إلى إبقاء الإجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت الآجر؛ لأنه يمكنه المرافعة إلى القاضي حتى يؤجر الدابة منه، نص على هذا في الشروط، وإليه أشار في الأصل فإنه قال في غير هذه المسألة: فإذا وصل ذلك يرفع الأمر إلى القاضي بعد تأخير[1] الأمر بالمرافعة إلى أن يصل ذلك المكان، ولو كان الموت في موضع فيه قاض لم يكن لتأخير الأمر بالمرافعة معنى وفائدة ثم إذا ركب المستكري الدابة إلى ذلك المكان وأنفق عليها في الطريق كان متبرعًا حتى لا يرجع على ورثة المكاري بذلك، [وكذلك إذا استأجر المستكري رجلاً يقوم على الدابة كان أجره على المستكري، ولا يرجع بذلك][2] على ورثة المكاري؛ لأن الإنفاق والاستئجار حصل بغير إذن الورثة وبغير إذن من يلي على الورثة، ثم إذا وصل إلى ذلك المكان رفع الأمر إلى الحاكم؛ لأن الإجارة قد انفسخت إلى ذلك المكان؛ لأنه زال العذر لما وصل إلى ذلك المكان، وإذا انتقضت الإجارة بقيت دابة الغير في يده بغير إجارة فيرفع الأمر إلى القاضي [فيقضي القاضي][3] بما هو الأصلح لورثة الميت، فإن رأى القاضي [الصلاح][4] في أن

---

(١) في أ، ز: أجر.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ز.
(٤) سقط في أ.

يؤجر [الدابة][(١)] منه ثانيًا بأن عرف المستأجر ثقة أمينًا، ورأى الدابة قوية حتى عرف أن الورثة يصلون إلى عين مالهم، [متى آجر منه فعل][(٢)]، فإن عرف أنهم وإن وصلوا يلحقهم ضرر عظيم يبيع الدابة ويكون بيعه حفظًا للمال على الغائب لا قضاء على الغائب، فإن كان المستأجر قد عجل الأجر إلى رب الدابة وفسخ القاضي الإجارة [وباع الدابة][(٣)] فادعى المستأجر ذلك فالقاضي يأمره بإقامة البينة على دعواه؛ لأنه يدعي دينًا على الميت ومجرد الدعوى بدون بينة لا تكون معتبرة شرعًا، أو ينصب القاضي وصيًّا عن الميت حتى[(٤)] يسمع [البينة من][(٥)] الخصم، وللقاضي ولاية نصب الوصي عن الميت.

ذكر محمد - رحمه الله - في السير الكبير مسألة: السفينة إذا انقضت مدة الإجارة [والسفينة في وسط البحر، ومسألة الزق الذي فيه الزيت إذا انقضت مدة الإجارة][(٦)] في المفازة ولا يجد المستأجر سفينة أخرى أو زقًّا آخر وأبى الآجر أن يؤجر منه وقد حضرهم الإمام، [إن كان الإمام][(٧)] يجعل ذلك للمستأجر كل يوم بكذا شرط أن تكون هذه الإجارة من الإمام.

وقد ذكر ابن سماعة في نوادره هذه المسألة عن محمد - رحمه الله - ولم يشترط أن يكون المؤجر هو الإمام، بل شرط أن يقول المستأجر: استأجرت هذه السفينة كل يوم بكذا، أو يؤجره واحد من أصحابه ورفقائه، فإن أبى الآجر بعد ذلك أن يعطيه السفينة أو الزق استعان المستأجر بأعوانه ورفقائه حتى يترك السفينة والزق عليه إلى أن يجد سفينة أخرى وزقًّا آخر، وإنما احتيج إلى إنشاء العقد في هذه الصورة؛

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في أ، ز: لئلا.
(٥) في أ، ز: إلا على.
(٦) سقط في أ، ز.
(٧) في أ، ز: فالإمام.

لأن وضع المسألة أن صاحب السفينة أو صاحب الزق أبى الإجارة صريحًا مع إبائه ذلك صريحًا لا يمكن إثبات العقد دلالة فلا بد من إثباته صريحًا وبهذه المسألة تبين أن من سكن دار غيره لا يجب الأجر إذا كان صاحب الدار يأبى ذلك، وإن كانت الدار معدة للاستغلال إلا إذا استأجر الساكن بنفسه، فيقول: استأجر كل شهر بكذا، ثم ليس في مسألة السفينة والزق اختلاف الروايتين، وما ذكر في السير محمول على ما إذا حضر الإمام، وما ذكر في نوادر ابن سماعة محمول على ما إذا لم يحضر الإمام.

وفي الأصل: إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع لم يدرك يترك في يده إلى أن يستحصد بأجر المثل، ولو مات الآجر أو المستأجر في وسط المدة وفي الأرض زرع يترك الأرض في يد المستأجر أو في يد ورثته بالأجر المسمى.

وفي المنتقى: إذا انقضت مدة الإجارة، وفي الأرض رطاب تركت فيها بأجر مثلها حتى تجز، وهو على أول جزة [تدرك بعد انقضاء][1] الإجارة.

وقال في الموت: إذا مات المؤجر وفي الأرض رطاب تركت بالمسمى حتى تجز؛ لأن للجزة الأولى[2] غاية معلومة فصارت الرطبة نظير الزرع، وإنما اعتبر بالجزة الأولى؛ لأن طريق الترك: إما إبقاء ذلك العقد في الفصلين كما ذهب إليه بعض المشايخ؛ لأن القول بانفساخه والتجديد من ساعته في صورة العيب، وحاشا الشرع من[3] ذلك وإما تجديد العقد فيهما؛ لأن حكم البقاء في هذا الباب يخالف حكم الابتداء؛ لأن العقد الأول إذا بقي يبقى المسمى وإذا تجدد العقد يجب أجر المثل، وإذا اختلف الحكم لا يكون عيبًا إذ بقاء العقد في الفصل [الثاني][4] وتجديده في الأول؛ لأن الحاجة في الفصل الأول إلى الابتداء وفي الفصل الثاني

---

(١) في أ، ز: فتنقضي.
(٢) في أ، ز: الأول.
(٣) في أ، ز: عن.
(٤) سقط في أ، ز.

إلى البقاء، وأيا ما كان فهو ضروري، والثابت بالضرورة لا يراعى فيه النهاية فيقع على الجزة الأولى لهذا.

ومن هذا الجنس: إذا استأجر من آخر زقاقًا وجعل فيها خلاً وانقضت الإجارة في الصحراء، جعل عليه بأجر مثلها لأنها تترك على الإجارة الأولى.

وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله: في رجل استأجر أرضا سنة، وزرعها ثم اشتراها المستأجر ورجل آخر [حتى][(١)] انقضت الإجارة نترك الزرع في الأرض حتى يستحصد ويكون للشريك على صاحب الزرع أجر مثل نصف الأرض.

وفي الأمالي: عن أبي يوسف إذا انقضت مدة الإجارة والزرع بقل فلم يختصموا فيه حتى استحصد فله من الأجر بحساب ذلك، ولا يتصدق رب الزرع بالفضل وإن انقضت مدة الإجارة، ولم يخرج الزرع فسخت الإجارة ورددت الأرض على صاحبها فإن خرج بعد ذلك رددت إلى صاحب البذر، فيكون له الزرع وعليه أجر مثل الأرض وكذلك لو لم يختصموا حتى يستحصد.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا استأجر أرضا وغرس فيها أشجارا ثم انقضى وقتها فعلى المؤجر قيمة الأشجار مقلوعة؛ لأن حق المستأجر أشجار مقلوعة؛ لأن لرب الأرض قلع أشجاره، إلا أنه يمنع عن ذلك دفعا للضرر عن الغارس كذا ذكر هاهنا.

والصحيح أنه إذا انقضت المدة فلرب للأرض أن يطالب المستأجر بتفريغ أرضه إذا كان فيها غرس بخلاف ما إذا كان فيها زرع حيث يترك؛ لأن لإدراك الزرع نهاية، ولا كذلك الغرس

وليس لرب الأرض أن يتملك الأشجار على الغارس إذا لم يكن في قلعها ضرر فاحش بالأرض.

وفيه أيضا: استأجر من آخر بيتا ووضع فيه حبات خل فانقضت مدة الإجارة والمستأجر يأبى تفريغ الحانوت فإن كان الخل بلغ مبلغا لا يفسد بالتحويل يؤمر

---

(١) سقط في ز.

بالتحويل، وإن كان يفسد لا يؤمر بالتحويل، ويقال للمستأجر: إن شئت فرغ الحانوت، وإن شئت فاستأجر منه إلى وقت إدراكه، والمراد من قوله: (استأجر منه) الحكم بأجر المثل عليه لا الاستئجار ابتداء ببدل مسمى؛ لأن هذا بمنزلة مدة نقل المتاع وتفريغ الدار، والواجب هناك أجر المثل دون الإجارة ابتداء، ولو مات المؤاجر أو المستأجر قبل انقضاء المدة، ولم يتيسر التفريغ يجب المسمى استحسانا والقياس أن يجب أجر المثل كما بعد انقضاء المدة.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا انقضت مدة الإجارة ورب الدار غائب فلم يرد المستأجر الدار بل سكن فيها سنة ثم حضر رب الدار لا يلزمه الأجر لما بعد انقضاء المدة؛ لأنه سكنها بلا عقد ولو مات المؤاجر فسكنه المستأجر اختلف المشايخ فيه منهم من قال: يجب الأجر؛ لأنه مات على الإجارة وليس بغاصب.

ومنهم من قال: هو غاصب في الشهر الأول بعد الموت؛ لأن الإجارة تثبت صريحا أو دلالة وقد عدم الأمران ويلزمه الأجر في الشهر الثاني إذا طلب صاحب الدار الأجر.

وقيل: إذا سكن بعد الموت، أو بعد انقضاء المدة فلا أجر عليه قبل الطلب، وإذا سكن بعد الطلب فعليه [الأجر][1] لما سكن بعد الطلب سواء كان في الشهر الأول أو في الشهر الثاني.

وهذا القائل يقول: لا فرق [في هذا][2] بين الدار المعدة للإجارة وغير المعدة للإجارة إنما ذلك في ابتداء السكنى على ما مر، والأصح أنه يلزمه الأجر إذا كانت الدار معدة للاستغلال على كل حال.

وفي الأمالي عن محمد رحمه الله: رجل استأجر أرضا بدراهم معلومة سنة، وزرعها ثم مات المؤاجر قبل أن يستحصد الزرع، واختار المستأجر المضي على

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.

الإجارة حتى يستحصد الزرع وبالأجر كفيل قال: لا يبرأ الكفيل من أجر ما بقي إلى أن يستحصد الزرع، وكذلك لو لم يمت الآجر ولكن مات المستأجر واختار ورثته ترك الزرع في الأرض حتى يستحصد لم يبرأ الكفيل من الكفالة، فإن قال المؤاجر: لا أرضى إلا أن يكون الأجر على ورثة الميت؛ لأن مال الميت لا يفي بالأجر، ليس له ذلك؛ لأنها تركت على الإجارة الأولى، والأجر في الإجارة الأولى في مال الميت وفى بالأجر أو لم يف، ولو انقضت السنة، ثم مات المستأجر والزرع بقل واختار ورثته ترك الزرع بأجر المثل، فالأجر عليهم في مالهم دون مال الميت.

استأجر أرضا فزرع زرعا ثم إنهما تفاسخا عقد الإجارة والزرع بقل هل تترك الأرض في يد المستأجر بأجر المثل إلى أن يستحصد الزرع؟

وقد قيل: لا يترك؛ لأن المستأجر رضي ببطلان حقه في الزرع حيث أقدم على الفسخ عن اختيار.

وقد قيل: تترك. وهذا القائل يستدل بما ذكرها محمد رحمه الله في كتاب المزارعة، وصورتها: رجل دفع أرضه مزارعة إلى غيره وأجر الزارع وزرع في آخر السنة والزرع بقل لم يستحصد، وأراد رب الأرض أن يقلع الزرع، لا يتمكن من ذلك وتثبت بينهما إجارة في نصف الأرض حكما إلى أن يستحصد صيانة لحق المزارع في الزرع ويغرم المزارع نصف أجر مثل هذه الأرض، وقد رضي المزارع هاهنا ببطلان حقه في الزرع حيث أخر الزرع إلى آخر السنة، مع هذا صان الشرع حقه وأثبت الإجارة في نصف الأرض كذا هاهنا. والله أعلم بالصواب.

* * *

الفصل التاسع

في بيان ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز

هذا الفصل يشتمل على أنواع: نوع منه يفسد العقد فيه؛ لمكان الجهالة:

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا استأجر الرجل قدرًا بعينه ليطبخ فيه اللحم فإن بين الوقت بأن قال: يومًا، أو بين مقدار اللحم يجوز، وإن لم يبين واحدًا منهما لا يجوز لمكان الجهالة، وكذا في إجارة المكاييل والموازين ينبغي أن يبين المدة أو مقدار ما يكيله أو يزن، وإن لم يبين واحدًا منهما، لا يجوز لمكان الجهالة.

قال في الأصل: إذا استأجر الرجل نصيبًا من دار غير مسمى، بأن قال لغيره: استأجرت منك نصيبك من هذه الدار، أو من هذا العبد ولم ينسأ نصيبه على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز، وعلى قول أبي يوسف: يجوز، وهو بالخيار، إذا عمل بالنصيب بعد ذلك، وهو قول محمد - رحمه الله -.

أما على قول أبي حنيفة لا يشكل أنه لا يجوز؛ لأن المستأجر مشاع مجهول، فإن النصيب مجهول لا يدري أنه ثلث أو نصف أو ربع، ولهذا قال: لو باع نصيبًا من دار والمشتري لا يعلم، لا يجوز البيع لجهالة المبيع فدل أن المستأجر مشاع مجهول ولو كان مشاعًا معلومًا بأن أجر النصف أو الثلث لم يجز عنده، فإذا كان مشاعًا مجهولًا أولى ألا يجوز.

وعلى قول أبي يوسف لا يشكل أنه يجوز؛ لأن جهالة النصيب عند المشتري لا يمنع جواز البيع عنده، حتى قال: إذا اشترى نصيبًا من دار ولم يعلم مقداره جاز وله الخيار إذا علم بالنصيب بعد ذلك، فلا يمنع جواز الإجارة أيضًا، وإذا لم يجز أن يمنع الجواز لأجل هذه الجهالة على مذهبه بقي بعد ذلك مجرد الشيوع، والشيوع عنده غير مانع من جواز الإجارة.

وإنما الإشكال على قول محمد - رحمه الله - ؛ لأن جهالة النصيب عنده يمنع جواز البيع فيجب أن يمنع جواز البيع أيضًا، فإن كان الشيوع لا يمنع الجواز على

مذهبه، ولكن من مشايخنا من قال: بأن قول محمد هاهنا يلحق بقول أبي حنيفة - رحمه الله - لا بقول أبي يوسف؛ لأنه ذكر محمد عقيب قول أبي يوسف فقد ذكر قول أبي حنيفة فيلحق قوله بقول أبي حنيفة، ألا تجوز هذه الإجارة على قول أبي حنيفة وهو قول محمد، فعلى هذا لا يثبت الرجوع عن محمد في البيع.

ومنهم من قال: قول محمد ملحق بقول أبي يوسف، يعني تجوز الإجارة على قوله، واختلفوا فيما بينهم، منهم من أثبت رجوع محمد عما ذكر في البيع؛ لأن جهالة النصيب إذا لم يمنع جواز الإجارة لا يمنع جواز البيع، ومنهم من لم يثبت رجوع محمد عن فصل البيع(١)، وفرق على قوله بين الإجارة وبين البيع وهو اختيار الكرخي.

والفرق، وهو أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة في حق المنافع والأجرة تجب عند استيفاء المنافع وعند استيفاء النصيب معلوم، فأما البيع ينعقد حال وجوده والمبيع حال وجوده مجهول فلا يجوز.

قال: رجل استأجر أرضًا ولم يذكر أنه يزرعها أو ذكر أنه يزرعها ولكن لم يذكر أي شيء يزرعها فالإجارة فاسدة، أما إذا لم يذكر أنه يزرعها، فالإجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه؛ لأن الأرض تارة تستأجر للزراعة، وتارة للبناء وللغرس ونحوهما ولا رجحان للبعض على البعض فيما لم [يذكر أي شيء يزرعها، فالإجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه؛ لأن الأرض تستأجر لزراعة(٢) الذرة والأرز والتفاوت في ذلك في حق الأرض تفاوت فاحش فما لم يبين شيء من ذلك](٣) لا يصير المعقود عليه معلومًا، فإن زرعها نوعًا من هذه الأنواع ومضت المدة فالقياس: أن يجب أجر المثل؛ لأنه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد.

---

(١) في أ، ز: المبيع.
(٢) زاد في أ: الحنطة وتستأجر لزراعة.
(٣) في ز: يبين.

وفي الاستحسان: يجب المسمى وينقلب العقد جائزًا؛ لأن المعقود عليه صار معلومًا بالاستعمال، والإجارة تعد في الانعقاد فصار ارتفاع الجهالة في هذه الحالة [وعدم][١] ارتفاعها لدى العقد سواء فيجوز العقد.

وعلى هذا إذا استأجر دابة إلى بغداد ليحمل عليها ولم يذكر أي شيء يحمل عليها فالإجارة فاسدة؛ لأن الأحمال متفاوتة، فإن[٢] اختصما قبل أن يحمل عليها شيئًا أبطل القاضي الإجارة؛ لأن العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله، وإن حمل عليها ما يحمل الناس على مثلها وهلكت[٣] في الطريق فلا ضمان؛ لأنه حمل عليها بإذن صاحبها وإن بلغ ذلك المكان المسمى فعليه أجر المثل قياسًا والمسمى استحسانا وقد مر وجه القياس والاستحسان في المسألة المتقدمة.

وإذا استأجر الرجل إبلاً إلى مكة ليحمل عليها [محملاً][٤] فيه رجلان وما يصلحهما من الوطأ والدثر وقد رأى المكاري الرجلين ولم ير الوطأ والدثر، فهو فاسد قياسًا لجهالة المحمول، وفي الاستحسان يجوز وينصرف ذلك إلى ما يحتاج إليه مثلهما في طريق مكة من الوطأ والدثر وذلك معلوم عرفًا فيما بينهم، والمعلوم عرفًا كالمعلوم شرعًا[٥].

وكذلك إذا استأجر راحلة ليحمل عليها كذا كذا من الدقيق والسويق وما يصلحهما من الخل والزيت، ويعلق بها من المعاليق من المطهرة وما أشبههما، ولم يبين شيئًا من ذلك فهو على القياس والاستحسان الذي ذكرنا.

وإذا استأجر إبلاً أو حمارًا ليحمل عليها الحنطة ولم يبين مقدار الحنطة، ولا أشار إليها، ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الإجارات أنه لا يجوز، وذكر شمس الأئمة

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في أ: وإن.
(٣) في أ: وهلك، وفي ز: أو هلك.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٤٦٥).

الحلواني رحمه الله في «شرحه» أنه يجوز، وينصرف إلى المعتاد، وهذا القول أشبه بمسألة المحمل والراحلة.

وقال محمد رحمه الله في كتاب الإجارات: إذا استأجر دابة يطحن عليها كل شهر باثني عشر درهما، ولم يسم كم يطحن عليها كل يوم جاز؛ لأنه بين جنس العمل إلا أنه لم يبين مقداره، وبيان جنس العمل يكفي لجواز الإجارة، وله أن يطحن عليها مقدار ما تحمل الدابة وتطيق وما يطحن مثلها قدرًا في العرف.

قال: وهو نظير ما لو استأجرها ليحمل عليها جاز، وله أن يحمل عليها قدر ما تحتمل.

قال: رجل استأجر دارًا أو بيتًا ولم يسم الذي يريدها له، القياس: أن تفسد الإجارة.

وفي الاستحسان: لا تفسد.

وجه القياس: أن المقصود من الدار والبيت الانتفاع ووجوه الانتفاع مختلفة متفاوتة فقد[١] يكون من حيث السكنى ووضع الأمتعة، وقد يكون من حيث الحداد فلا تجوز ما لم يبين شيئًا من ذلك، كما لو استأجر دابة للحمل ولم يبين ما يحمل عليها، أو استأجر للركوب ولم يبين من يركب.

وجه الاستحسان: أن المعقود عليه معلوم عرفًا وهو السكنى وهو البيت عرفًا بين [أو لم يبين، ويؤجر][٢] للسكنى فانصرف مطلق العقد عليه لما عرف أن المعلوم عرفًا كالمعلوم شرعًا، فصار كأنه استأجر دارًا أو بيتًا للسكنى، ولو صرح بذلك أليس إنه يجوز وإن لم يبين من يسكن؛ لأن السكنى مما يقع فيه التفاوت، بين ساكن وساكن بخلاف ما لو استأجر دابة للحمل والركوب ولم يبين ماذا تحمل ومن يركب؛ لأن حمل بعض الأشياء وركوب بعض الأشخاص غير معلوم عرفًا لينصرف مطلق

---

(١) في ز: فلا.
(٢) في ز: ويؤاجر.

العقد عليه بل الكل متفاوت، والحمل والركوب مما يقع فيه التفاوت فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلومًا فلا يحكم بجواز الإجارة.

وإذا دفع إلى سمسار درهمًا وأمره أن يشتري له كذا وكذا على أن يكون الدرهم المدفوع إليه له، أو دفع إليه درهما وأمره بأن يبيعه ويكون هذا الدرهم له، أو استأجر رجلاً آخر بدرهم ليبيع أو يشتري فهذا فاسد؛ لأن البيع والشراء قد يتمان بكلمة واحدة، وقد يتمان بعدة كلمات فكان المعقود عليه مجهولاً والحيلة في ذلك من وجهين:

أحدهما: أن يستأجره يومًا إلى الليل بأجر معلوم ليبيع له ويشتري؛ لأن المعقود عليه في هذه الصورة المنفعة، ولهذا يستحق الأجر متى سلم نفسه، وقد صارت المنفعة معلومة ببيان الوقت.

الثانية: أن يأمره أن يبيع له ويشتري ولا يشترط له شيئًا فيكون معينًا له ثم يعوضه بعد الفراغ من العمل بمثل ذلك الأجر؛ لأن هذه استعانة ابتداء إجارة انتهاء، ولهذا قال مشايخنا - رحمهم الله - يجبر على إعطاء العوض إذا امتنع.

ثم في السمسار وفي جميع ما كان فاسدًا من ذلك إذا باع واشترى فله أجر المثل لا يجاوز به المسمى كما في سائر الإجارات الفاسدة ويطيب له ذلك؛ لأنه يدل عليه فيطيب له كما يطيب قيمة المبيع للبائع في البيع الفاسد عند عجز المشتري عن رد العين؛ لأنه بدل ملكه لكن يأثم بمباشرته هذا العقد؛ لأنه معصية.

وإذا استأجر نهرًا يابسًا ليجري فيه الماء إلى أرض له، أو إلى [رحى ماء](١) له، أو استأجر مسيل ماء ليسيل ماء ميزابه [فيه](٢)، أو استأجر ميزابا يسيل فيه غسالته أو بالوعة، ليصب فيها بوله، والنجاسات لا يجوز؛ لأن المعقود عليه مجهول.

أما في الفصل الأول: فلأنه لا يمكنه إجراء الماء في كل النهر؛ لأن النهر لا

---

(١) في أ، ز: حمام.
(٢) سقط في أ، ز.

يستمسك ذلك فلا بد من أن ينقص شيئًا وقدر ما ينقص مجهول فيصير الثاني مجهولًا وجهالة المعقود عليه يوجب فساد المعقود إذا لم يكن للناس فيه تعامل، فأما خرج على هذا الدخول في الحمام بأجر حيث جوز مع الجهالة في المعقود عليه؛ لأن للناس فيه تعامل، فأما ما عدا ذلك من الفصول، فلأن ما يسيل فيه من الماء والبول قد يقل وقد يكثر.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: الحرف المعتمد عليه في جنس هذه المسائل أن الإجارات جوزت بخلاف القياس لحاجة الناس، وهذه ليست من إجارات الناس فيعمل [فيها](١) بالقياس.

وروي عن محمد رحمه الله: إذا استأجر موضع أرض معروف ليسيل ماؤه فهو جائز، كأنه ذهب إلى أن المانع من جواز العقد الجهالة؛ لأنه لا يدري كم يأخذ الماء من النهر والسطح، فإذا عين الموضع جاز.

وفي العيون: لو استأجر نهرًا يابسًا ولم يقل شيئا جاز وله أن يجري فيه الماء، وكذا لو استأجر موضع أرض معلوم مدة معلومة ولم يقل شيئا جاز وله أن يسيل فيه الماء.

ولو استأجر ميزابًا ليركبه في داره جاز، ولو استأجره وهو في الحائط ليسيل الماء فيه، لم يجز لما قلنا.

وإذا استأجر موضعًا من حائط ليضع عليه جذعًا، أو استأجر موضع كوة من الحائط بنقبها ليدخل عليه منها الضوء والريح، أو استأجر حائطًا ليبني عليه ستره، أو استأجر موضع [وتد في الحائط ليعلق به الأشياء أو استأجر موضع](٢) ميزاب في حائطه لا يجوز.

بعض مشايخنا قالوا: إنما لا يجوز إذا لم يبين [موضع](٣) البناء والجذع والكوة

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ز.

والوتد حتى يكون المعقود عليه مجهولًا، أما إذا بين ذلك [يجوز][(١)].

ومنهم من قال: إنما لا يجوز إذا لم يبين مقدار الجذع والكوة والوتد حتى لا يجوز لمكان الجهالة، أما إذا بين جاز.

ومنهم من قال: لا يجوز على كل حال، وإطلاق لفظ الكتاب يدل عليه، والمعنى ما ذكرنا أنه ليس من إجارات الناس.

ولو استأجر حائطًا ليدق[(٢)] فيها الأوتاد يصلح عليها الأبريسم لينسج به شعرًا أو ديباجًا لا يجوز كذا ذكره بعض مشايخنا - رحمهم الله؛ لأن هذا ليس من إجارات الناس، وفي عرف ديارنا ينبغي أن يجوز؛ لأن الناس تعاملوا ذلك في الفصلين جميعًا.

وفي نوادر هشام: استأجر وتدًا يوتد به جاز (معنا فنح يمز دكرقب يالحاية نرد ويرد بوار حانه نحت كند).

وفي بعض النوادر: استأجر وتدًا ليعلق بعض أمتعته لا يجوز، معناه وتدا مشدودا في حائط صاحب الوتد؛ لأن الأول من إجارات الناس، والثاني ليس من إجارات الناس.

وإذا استأجر طريقًا ليمر فيه فهو فاسد في قول أبي حنيفة، وعلى قولهما: يجوز[(٣)] في القدوري، وفي بعض روايات إجارة الأصل، وهذا؛ لأن المستأجر مشاع؛ لأن مروره لا يشغل جميع الطريق وإنما يشغل بعضه فإذا لم يعين طائفة منه للمرور فكأنه استأجر جزءًا شائعًا فكانت المسألة على الخلاف، يعني لو بين مكانًا معلومًا تجوز الإجارة بلا خلاف.

وكان الشيخ الإمام الأجل الزاهد أحمد الطواويسي يقول: إذا لم يبين مكانًا

---

(١) سقط في ز.
(٢) في أ: ليتدقها، وفي ز: ليستدقها.
(٣) زاد في أ، ز: مذكور.

معلومًا يمنع ألا تجوز الإجارة بالإجماع لجهالة المعقود عليه.

وذكر شيخ الإسلام في إجارات الأصل إذا استأجر من آخر شجرًا أو نخلاً ليشد الدابة أو يبسط الثياب على أغصانها يجوز.

وفي القدوري: من استأجر نخلا أو شجرا ليبسط عليها ثيابه لم يجز؛ لأن [هذه ليست] [١]من إجارات الناس.

وفي «المنتقى»: استأجر أرضا أو سطحًا ليجفف عليه ثيابه جاز، ولا يشبه هذا ما إذا استأجر نخلاً ليجفف عليها ثيابه.

وإذا تكارى دابة إلى بغداد على أنه إن بلّغه إليها فله رضاه يعني ما يرضى من الأجر، فالإجارة فاسدة لجهالة البدل، وكذلك إذا استأجرها بحكمه أو بحكم صاحب الدابة.

فإن قيل: جهالة البدل إنما يوجب فساد الإجارة إذا لم يكن الخيار مشروطًا لصاحب البدل، فأما إذا كان مشروطًا له فلا، ألا ترى أن من قال لغيره: أجرت منك هذه الدابة إلى بغداد بهذين العبدين، على أنك بالخيار تأخذ أيهما تشاء[٢] وترد الآخر جاز، والآخر مجهول، ولكن لما شرط الخيار لصاحب البدل[٣] لم يمنع ذلك جواز الإجارة.

قلنا: هذا هكذا إذا كان جنس البدل معلومًا، وهاهنا جنس البدل مجهول.

والقياس يأبى جواز الإجارة وإنما جوزت لتعامل الناس ولا تعامل إذا كان جنس البدل مجهولا فيعمل فيه بقضية القياس وهاهنا جنس البدل مجهولا.

وكذلك إذا تكارى دابة بمثل ما يتكارى أصحابه كانت الإجارة فاسدة قالوا: هذا إذا لم يكن ما يتكارى أصحابه مثل هذه الدابة معلومًا بل كان مختلفًا، بأن كان بعض

---

(١) في ز: هذا ليس.
(٢) في ز: شئت.
(٣) في أ: العبد.

أصحابه يكري مثل هذه الدابة بعشرة [وبعضهم يكري بأقل من ذلك][١]، وبعضهم بأكثر، فأما إذا كان ذلك معلومًا بأن كان أصحابه يتكارون مثل هذه الدابة بعشرة لا يزيدون ولا ينقصون وقد عرف ذلك، كان العقد جائزًا كما لو باع بمثل ما باع فلان، وكان ذلك معلومًا وقت العقد، أو علم في مجلس العقد وهناك البيع جائز كذا هاهنا.

وإن كان ذلك مختلفًا فعليه وسط من ذلك، يريد به أن أجر مثل هذه الدابة يختلف باختلاف الأحوال قد تكون عشرة، وقد تكون بأكثر من عشرة، وقد تكون أقل فعليه الوسط من ذلك نظرًا [من الجانبين][٢] ومراعاة لكلا الطرفين.

ذكر محمد رحمه الله في السير الكبير في باب من النفل الذي يستحق بالقتل ولا يستحق إذا اختلف فيه: إذا قتل بطريق القوم فقال الأمير: من جاء برأسه حتى ينصبه فيعلموا أن رئيسهم قد قتل فيتفرقون فله كذا، فذهب رجل وجاء برأسه فلا شيء له إذا كان المشركون قد تحولوا عن ذلك المكان فلا يحتاج في المجيء برأس البطريق إلى القتال، وكان ينبغي أن يكون له ما سمى له الأمير؛ لأنه استأجره بعمل معلوم فيه منفعة للمسلمين، وليس هذا من أعمال الجهاد إذا كان لا يحتاج فيه إلى القتال، والاستئجار على مثل هذا العمل جائز.

والجواب: أن هذا الاستئجار لم ينعقد أصلا لا بوصف الصحة ولا بوصف الفساد؛ لأن الأجر مجهول غاية الجهالة. وفي مثل هذا لا تنعقد الإجارة أصلا، كما لو قال الأمير: استأجرت واحدا من أهل العسكر حتى يجيء برأس البطريق ولم يعين أحدا، وهذا؛ لأن الإجارة إنما تنعقد بوصف الصحة أو الفساد إذا وجد الإيجاب والقبول، وههنا وإن وجد الإيجاب من الأمير لم يوجد القبول من الأجير؛ لأن القبول من الأجير إذا كان الأجير واحدًا لا بعينه، إنما يوجد إذا وجد القبول من

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في ز: للجانبين.

جملة [أهل][(١)] العسكر؛ لأن الأجير فيهم وتعذر اعتبار القبول من أهل[(٢)] العسكر أكثرهم فلم تنعقد هذه الإجارة أصلا فلا يوجب [شيئًا][(٣)].

ولو كان الأمير عين واحدًا من أهل العسكر فقال: إن جئتني برأسه فلك كذا، فذهب ذلك الرجل وجاء[(٤)] برأسه، أو قال الأمير لجماعة بأعيانهم: أيكم جاءني برأسه فله كذا، فجاء رجل منهم برأسه، فله أجر المثل؛ لأن ههنا انعقدت الإجارة لوجود القبول من الأجير إذا كان الأجير واحدًا بعينه أو واحدًا من قوم معينين إلا أنها انعقدت بوصف الفساد.

أما إذا كان الأجير واحدًا من القوم، فقد اختلفت عبارة المشايخ فيه، قال بعضهم: الإجارة فاسدة؛ لأن الأجير مجهول، وهذا القائل إذا كان الأجير واحدا بعينه يجب المسمى ويقول: ما ذكر محمد من وجوب أجر المثل جواب ما إذا كان الأجير واحدًا بعينه.

وعامتهم قالوا: لا يجوز؛ لأن الأجير مجهول وكذلك مقدار العمل مجهول؛ لأنه لا يدري موضع مصرع هذا البطريق فربما يكون بعيدًا وربما يكون قريبا، وفيه غرر؛ لأنه لا يدري الجرة أم لا، وهذا القائل يقول: إلا إذا كان الأجير واحدا يجب أجر المثل أيضا للمعنى الثاني والثالث.

ثم قال: يجب أجر المثل لا يجاوز به المسمى ويكون ذلك في القيمة وذلك في باب الاستئجار في أرض الحرب والنفل فيه: إذا قال أمير عسكر المسلمين في دار الحرب وقد أقاموا على مطمورة ليس فيها رجال مقاتلون وإنما كان فيها النساء والصبيان والأموال، فقال الأمير: من حفظ الليلة حتى يصبح فلكل رجل حفظها كذا، فحفظها قوم حتى أصبحوا فلكل رجل منهم ما سمى له الإمام؛ لأن الاستئجار

(١) سقط في ز.
(٢) في أ، ز: جميع.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: وذهب.

على حفظ أمتعة الغنيمة وأنه ليس من أعمال الجهاد فيجوز، فقد جوز هذه الإجارة حتى أوجب المسمى لكل من حفظ.

وإن لم يكن الأجير معينًا وقت خطاب الأمير، بعض مشايخنا قالوا: يجوز، قالوا: ؛ لأن الذي يشتغل بالحفظ يتعين بالاشتغال به أجيرا.

ففي المسألة المتقدمة يجب أن يتعين الذي يذهب ويجيء بالرأس بالذهاب والمجيء بالرأس أجيرًا.

وبعض مشايخنا قالوا في مسألة حفظ الحصن: الإجارة لا تنعقد حيث لم يخاطب قومًا معينين وإنما يثبت في الزمان الثاني حين يشتغل الحافظ بالحفظ ويرضى الإمام فهو في معنى الإجارة بالتعاطي وذلك جائز، ففي المسألة المتقدمة: يجب أن يكون كذلك، وبهذه المسألة يتبين أن الصحيح في فساد الإجارة في المسألة المتقدمة المعنى الثاني والثالث.

ألا ترى أن في المسألة؛ لأنه لما انعدم المعنى الثالث وهو جهالة مقدار العمل الغرر صحت الإجارة.

* * *

نوع آخر يفسد العقد فيه:

وفي «الأصل»: إذا استأجر أرضًا بدراهم مسماة وشرط خراجها على المستأجر، فإن هذا لا يجوز.

واعلم بأن هذه المسألة على وجهين: إما إن كان هذا الخراج خراج مقاسمة كلها، بأن كان الخراج نصف ما تخرجه الأرض، أو ما أشبهه، أو بعضها بأن كان وظيفة[(١)] كل جريب درهم، وسدس ما يخرج منها أو ما أشبهه، أو كان الخراج خراجَ [وظيفة كلها، بأن كانت وظيفة كل جريب درهمًا فإن كان الخراج خراج][(٢)] مقاسمة كلها أو بعضها فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجوز؛ لأن خراج المقاسمة على المؤاجر عنده، فإذا شرطه على المستأجر، فقد جعله أجرًا، وإنه مجهول كله أو بعضه[(٣)]؛ لأن [مقدار][(٤)] ما تخرج الأرض مجهول.

أو نقول: شرطا شرطًا لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين[(٥)] وهو الآجر فيه منفعة وإن أداء[(٦)] الخراج لا[(٧)] ينفك عن ذل وهوان ومثل هذا الشرط يوجب فساد العقد، وعندهما يجوز هذا العقد؛ لأن عندهما خراج المقاسمة على المستأجر، فقد شرطا [شرطًا يقتضيه العقد][(٨)] فلا يفسد به العقد.

فإن كان الخراج خراج وظيفة كلها فالعقد جائز بلا خلاف بين العلماء؛ لأن خراج الوظيفة معلوم فتكون الأجرة معلومة.

ومن مشايخنا من قال: ينبغي ألا يجوز وإن كان الخراج خراج وظيفة؛ لأن

---

(١) زاد في ز: في.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في أ، ز: نصفه.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) في ز: العاقدين.
(٦) في أ، ز: أراد من.
(٧) في أ، ز: أنه لا.
(٨) في أ، ز: يقتضيه.

النقصان عن وظيفة عمر - رضي الله عنه - جائز إذا كانت [الأرض][(١)] لا تطيق ذلك بالإجماع، وقدر ما ينقص مجهول لا يعرف وإن خراج الوظيفة على الآجر بالإجماع، فإذا شرطا ذلك على المستأجر فقد شرطا شرطًا لا يقتضيه العقد ولأحد المتعاقدين منفعة وهو الآجر فيفسد به العقد.

ولو كانت أرضًا عشرية فأجرها، وشرط العشر على المستأجر جاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن العشر عندهما على المستأجر فقد شرطا شرطًا يقتضيه العقد، فلا يوجب فساد العقد.

وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجوز؛ لأن العشر عنده على المؤاجر، فإذا شرطا ذلك على المستأجر فقد جعلا ذلك أجرًا وإنه مجهول وشرط شرطًا لا يقتضيه العقد فيوجب فساد العقد.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: رجل استأجر أرضًا بدراهم على أن يكريها، أو يزرعها، أو يسقيها ويزرعها فهذا جائز؛ لأن هذا شرط يقتضيه العقد، فإن العقد يقتضي السقي والكراب؛ لأن العقد عقد للمزارعة ولا ينتفع بالأرض من حيث الزراعة غالبًا إلا بالسقي والكراب [وإن شرط عليه أن يثنيها أو يسرقنها فهو فاسد][(٢)] واختلفوا في تفسير التثنية:

قال بعضهم: أن يردها مكروبة، فإن كان [تفسيرها هكذا][(٣)] فهو شرط يخالف العقد؛ لأنه شرط تعود منفعته إلى رب الأرض بعد انتهاء العقد.

وقال بعضهم: تفسير التثنية أن يكربها مرتين ثم يزرعها فإن كان تفسيرها هكذا فالفساد يختص بديارهم؛ لأن في ديارهم تخرج الأرض [ريعًا تامًا][(٤)] بالكراب مرة فكذا في ديار نسف فيكون هذا الشرط في مثل هذا الموضع شرطًا لا يقتضيه العقد

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في أ، ز: تفسيره هذا.
(٤) في أ، ز: ثانيا.

ولأحدهما فيه منفعة [وهو رب الأرض لا منفعة][١] تبقى بعد مدة الإجارة فيوجب فساد العقد حتى لو كانت لا تبقى لا يفسد العقد فأما إذا كانت الأرض في بلدة يحتاج إلى تكرار الكراب فاشتراط التثنية لا يفسد العقد؛ لأنه يكون من مقتضيات العقد، وكذلك إذا شرط عليه أن يسرقنها فإن كان السرقين من عند المستأجر فقد شرط عليه شيئًا[٢] هو مال فإن كان تبقى منفعته إلى العام الثاني يفسد العقد؛ لأنه شرط شرطا لا يقتضيه العقد ولأحد المتعاقدين فيه منفعة وهو الآجر، وإن كان لا تبقى منفعته إلى العام القابل لا يفسد العقد.

وذكر شيخ الإسلام في «شرح الإجارات»: إذا شرط على المستأجر أن يردها مكروبة بكراب في مدة الإجارة، فالعقد فاسد؛ لأن وقت الكراب مجهول قد يكون يومًا وقد يكون يومين أو ثلاثة، وذلك الوقت مستثنى عن الإجارة؛ لأن المستأجر فيه عامل لرب الأرض فيوجب جهالة مدة الإجارة، فتفسد الإجارة، [وإن شرط أن يردها مكروبة بكراب يكون بعد الإجارة][٣] فالمسألة على وجهين.

أما إذا قال صاحب الأرض: أجرّتك هذه الأرض بكذا وبأن تكربها بعد مضي المدة وفي هذا الوجه العقد جائز.

وأما إذا قال: أجرتك بكذا على أن تكربها بعد انقضاء مدة الإجارة وفي هذا الوجه العقد فاسد، وإن أطلق الكراب إطلاقًا ينصرف إلى الكراب بعد العقد، ويصح العقد ولكن جواب هذا الفصل يخالف ظاهر ما ذكرنا[٤] ها هنا، ولا يظن به - رحمه الله - أنه قال ذلك جزافًا، فالظاهر أنه عثر على رواية أخرى بخلاف ما ذكر هاهنا.

وكذلك إذا شرط كري الأنهار على المستأجر يفسد العقد؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد على المستأجر؛ لأن قضية العقد أن يكون كرى الأنهار على المؤاجر؛

---

(١) سقط في ز.
(٢) في أ، ز: عينا.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في ز: ذكر.

لأنه من جملة التمكن من الانتفاع فيكون على الآجر، فاشتراطه على المستأجر يخالف مقتضى العقد، ومن مشايخنا من فرق بين الجداول والأنهار، فقال: اشتراط كري الجداول صحيح؛ لأنه لا يبقى أثره بعد مضي السنة، وأما أثر كري الأنهار يبقى بعد مضي السنة فيصير الآجر شارطًا عليه عملًا يختص هو بمنفعته، والأول أصح.

وإذا تكارى دارًا من رجل سنة بمائة درهم على ألا يسكنها فالإجارة فاسدة؛ لأنه شرط في الإجارة ما لا يقتضيه العقد، وللمؤاجر فيه منفعة، فإن المستأجر إذا لم يسكن الدار لم يمتلئ بئر الوضوء والمخرج، وإذا سكن يمتلئ ذلك، والتفريغ على رب الأرض(١) فيتضرر فكان في هذا الشرط منفعة لرب الأرض من هذا الوجه.

وقال فيمن استأجر دارًا وشرط على المستأجر أن يسكن هو بنفسه(٢)، ولا يسكن معه غيره: إن الإجارة جائزة، وللمؤاجر في هذا الشرط فائدة(٣)؛ لأنه متى يسكن معه غيره يمتلئ بئر المخرج والوضوء أسرع مما يمتلئ لو سكن هو وحده، ومع هذا جوز العقد(٤) في هذه الصورة، ولم يجوزه في الصورة الأولى.

قال شيخ الإسلام رحمه الله في «شرحه»: لا بد من التأويل إذ لا يجيء بينهما فرق، فنقول: تأويل الصورة الثانية أنه إذا لم يكن في بئر الدار بالوعة، ولا بئر وضوء، ومتى لم يكن فيها البئر فلا منفعة للمؤاجر في هذا الشرط؛ لأنه لا يتضرر بإسكان غيره إذا كانت الحالة هذه؛ لأن ما يجتمع على ظاهر الدار فإخراج ذلك على المستأجر، وكثرة السكان لا يوهن البناء ولا يفسده.

وتأويل الصورة الأولى أنه إذا كان في الدار بئر وضوء وبئر بالوعة، وإذا كان كذلك كان لرب الدار في هذا الشرط نوع منفعة، وإنه شرط لا يقتضيه العقد، فأوجب فسادها، ثم إذا فسدت الإجارة في هذه الصورة الأولى فسكن فيها

---

(١) في أ، ز: الدار.
(٢) في أ، ز: سنة.
(٣) في أ، ز: منفعة.
(٤) في أ، ز: الإجارة.

المستأجر، فعليه أجر المثل بالغًا ما بلغ.

رجل تكارى من رجل دارًا كل شهر بعشرة، على أن ينزلها بنفسه وأهله، على أن يعمر الدار ويرمم ما كان فيها من خراب، ويعطي أجر حارسها، وما يأتيها من يأتيه من جهة سلطان أو غيره فالإجارة فاسدة؛ لأنه جعل بعض الأجر مجهولًا جهالة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم؛ ولأنه متى لم توجد النائبة ولم يخرب شيء من الدار حتى [لم][(١)] يحتج إلى المرمة لا يدري بأي قدر يعطيه وجهالة الأجر وإن قلت توجب فسادها.

وهذا الجواب صحيح في العمارة والنوائب[(٢)]؛ لأن العمارة والنوائب[(٣)] على رب الدار، وإنها مجهولة في نفسها فصار هو بهذا الشرط شارطًا لنفسه شيئًا مجهولًا.

فأما أجر الحارس فهو على الساكن؛ فلا يكون بهذا الشرط شارطًا لنفسه شيئًا مجهولًا، فلا يفسد العقد، فإن لم يسكنها فلا أجر عليه؛ لأن الإجارة فاسدة، والأجر في الفاسد من الإجارات لا يستحق إلا باستيفاء المنفعة، وإن سكنها فله أجر مثلها بالغًا ما بلغ لا يجاوز بها المسمى المعلوم.

والأصل أن العقد إذا فسد مع كون المسمى كله معلومًا يجب أجر المثل، ولا يزاد على المسمى حتى إن المسمى إذا كان خمسة وأجر المثل عشرة يجب خمسة لا غير؛ وهذا؛ لأن المنافع عندنا غير متقومة بنفسها، وإنما ثبت[(٤)] لها حكم المتقوم بالعقد، وقد قوماها[(٥)] بالعقد بقدر التسمية، وأمكن اعتبار التسمية إذا كان المسمى معلومًا كله، فما زاد عليها تبقى غير متقومة على ما كانت في الأصل.

---

(١) سقط في ز.
(٢) في أ: والثوابت.
(٣) في أ: والثوابت.
(٤) في ز: يثبت.
(٥) في ز: قوما.

وإذا فسد العقد لجهالة المسمى أو لعدم المسمى، يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، حتى إن المسمى إذا كان خمسة وأجر المثل عشرة يجب عشرة؛ لأنه لا يمكن تقويم المنافع في[١] هذه الصورة بالمسمى فأوجبنا قيمتها بالعقد بالغة ما بلغت، وكذلك إذا كان المسمى بعضه مجهولًا وبعضه معلومًا كما في مسألة المرمة، والنائبة[٢] [يجب][٣] أجر المثل بالغًا ما بلغ؛ لأنه لا يمكن تقدير القيمة بجميع المسمى؛ لأن بعضه مجهول ولا يمكن تقدير القيمة بقدر المعلوم؛ لأنهما ما قوماها به فحسب، إنما قوماها به وبالزيادة.

وإذا تعذر تقويمها بجميع المسمى وبالقدر[٤] المعلوم، أوجبنا قيمتها بالغة ما بلغت. هذا هو الكلام في طرف الزيادة على المسمى.

وأما الكلام في طرف النقصان عن المسمى نقول: إذا كان المسمى كله [معلوم القدر][٥]، وفسد العقد بسبب آخر من الأسباب ينقص[٦] عن المسمى حتى إذا كان أجر المثل خمسة والمسمى[٧] عشرة يجب خمسة، وإذا كان المسمى بعضه مجهولًا وبعضه معلومًا لا ينقص عن الأجر[٨] المعلوم حتى إن في المسألة النائبة والمرمة[٩] إذا كان أجر المثل خمسة يجب عشرة، وهو القدر المعلوم من المسمى؛ وهذا؛ لأن قضية القياس فيما إذا كان المسمى كله معلوم القدر [ألا][١٠] ينقص عن المسمى؛ لأن قيمة المنافع تثبت بسبب التسمية، فيجب التقدير بها ما أمكن كما في الجائز،

---

(١) في أ، ز: و.
(٢) في أ: الثانية.
(٣) سقط في ز.
(٤) في أ، ز: بالعقد.
(٥) في أ، ز: معلوما بقدر.
(٦) زاد في أ، ز: المسمى.
(٧) في أ، ز: وأجر المثل.
(٨) في ز: القدر.
(٩) زاد في أ، ز: حتى.
(١٠) في أ، ز: لا.

والتقدير بها ممكن إذا كان المسمى كله معلومًا، فيجب التقدير بها، إلا أنا تركنا القياس لضرورة، وهو ألا تقع التسوية بين الجائز وبين الفاسد، ولا تجوز التسوية بينهما، وهذه [الصورة معدومة][(١)] فيما إذا كان المسمى بعضه معلومًا وبعضه مجهولًا؛ لأنا إذا أوجبنا مقدار المعلوم من المسمى، ولم ينقص عنه لا يؤدي إلى التسوية بين الجائز والفاسد؛ لأن حكم الجائز أن يجب جميع المسمى، وإن كان بعض المسمى معلومًا وبعضه مجهولًا [لا][(٢)] يجب بعض المسمى، وهو القدر المعلوم، ولا يجب شيء من المجهول فلا يؤدي إلى التسوية بين الجائز والفاسد.

وعن هذا قلنا: إن من استأجر من آخر دارًا سنة بمائة على ألا يسكنها حتى فسدت الإجارة لو سكنها يجب أجر المثل، فإن كان أجر المثل أقل من مائة يجب مائة؛ لأنا لو أوجبنا قدر المائة لا يؤدي إلى التسوية بين الجائز والفاسد؛ لأن فيه إيجاب بعض المسمى لا الكل؛ لأن المستأجر سكن الدار فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل.

❊ ❊ ❊

(١) في أ، ز: الضرورة معلومة.
(٢) سقط في أ.

نوع آخر في قفيز الطحان وما هو في معناه:

صورة قفيز الطحان أن يستأجر الرجل من آخر ثورًا ليطحن به الحنطة على أن يكون لصاحبه قفيز من دقيقها، أو استأجر إنسانًا ليطحن له الحنطة بنصف دقيقها أو ثلثه أو ما أشبه ذلك، فذلك فاسد؛ لأنه منهي عنه، وروي عن رسول الله ﷺ أنه: «نهى عن قفيز الطحان»[١].

وقال النبي ﷺ لرافع بن خديج في آخر حديث معروف: «لا تستأجره بشيء منه»[٢]، والمعنى فيه أنه جعل الأجر شيئًا معدومًا؛ لأنه جعل الأجر بعض الدقيق الذي يخرج من عمله، وإنه معدوم في الحال وليس له حكم الموجود؛ لأنه غير واجب في الذمة؛ لأنه إنما يجب في الذمة ما له وجود في العالم، والبدل في المعاملات يجب أن يكون موجودًا حقيقة كالعين أو حكمًا كاليمين، والحيلة في ذلك لمن أراد الجواز أن يشترط صاحب الحنطة قفيزًا من الدقيق [الجيد ولم يقل من هذه الحنطة، أو يشترط ربع هذه الحنطة من الدقيق الجيد][٣]؛ لأن الدقيق إذا لم يكن مضافًا إلى حنطة بعينها يجب في الذمة، والأجر كما يجوز أن يكون عينًا مشارًا إليه يجوز أن يكون دينًا في الذمة، ثم إذا جاز حينئذ نعطيه ربع دقيق هذه الحنطة، وإنما شرط أن يقال ربع هذه الحنطة من الدقيق ليكون الأجر معلوم القدر.

ولو[٤] استأجر حانوتًا بنصف ما يربح فيه فالإجارة فاسدة، وإن كان على

---

(١) أخرجه أبو يعلى في مسنده (٢/ ٣٠١) حديث (١٠٢٣)، والطحاوي في مشكل الآثار (١/ ٣٠٧) باب بيان مشكل ما روي عن نهيه عن قفيز الطحان، والدارقطني (٣/ ٤٧) كتاب البيوع، حديث (١٩٥)، والبيهقي (٥/ ٣٣٩) كتاب البيوع، باب: النهي عن عسب الفحل، من طريق سفيان الثوري عن هشام أبي كليب عن ابن أبي نعم عن أبى سعيد الخدري قال: «نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل، وعن قفيز الطحان».
قفيز الطحان: هو أن يستأجر رجلاً ليطحن له حنطة معلومة بقفيز من دقيقها.
والقفيز: مكيال يتواضع الناس عليه. ينظر: النهاية (٤/ ٩٠).

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (٤/ ٢٦٣) برقم (٤٣٥٤).

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) زاد في ز: شاء.

المستأجر أجر مثل الحانوت وإنما فسدت الإجارة؛ إما؛ لأن ما يربح مجهول، أو؛ لأنه جعل الأجر بعض ما يحدث من عمله.

ولأن هذه الإجارة في الابتداء إن صادفت محلاً غير مشترك بينه وبين المستأجر ففي الانتهاء صادفت محلاً مشتركًا، وهذا؛ لأنه لا شركة في ابتداء العمل بالمحل، ولكن يتم العمل والمحل مشترك؛ لأنه يجب بعض الأجر بابتداء العمل، فلو صادف محلًّا مشتركًا ابتداء وانتهاء لم تنعقد الإجارة ولم يجب الأجر، لما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإذا صادفت محلاً غير مشترك في الابتداء ومحلاً مشتركا في الانتهاء لم يمنع انعقاد العقد، ومنع الجواز، ومشايخ بلخ كنصير بن يحيى، ومحمد بن سلمة، وغيرهما، كانوا يفتون بجواز هذه الإجارة في الثياب لتعامل أهل بلدهم في الثياب، والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر، وتجويز هذه الإجارة في الثياب للتعامل بمعنى تخصيص النص الذي ورد في قفيز الطحان؛ لأن النص ورد في قفيز الطحان لا في الحائك، إلا أن الحائك نظيره فيكون واردًا فيه دلالة فمتى تركنا العمل بدلالة هذا النص في الحائك وعملنا بالنص في قفيز الطحان كان تخصيصًا لا تركًا أصلاً، وتخصيص النص بالتعامل جائز ألا ترى أنا جوزنا بالاستصناع للتعامل، والاستصناع بيع ما ليس عنده، وإنه منهي عنه، ولكن قيل تجويز الاستصناع بالتعامل تخصيص منا للنص الذي ورد في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، لا تركا للنص أصلاً؛ لأنا عملنا بالنص في غير الاستصناع.

قالوا: وهذا بخلاف ما لو تعامل أهل بلدة قفيز الطحان فإنه لا يجوز، ولا يكون لمعاملتهم عبرة، لأنا لو اعتبرنا معاملتهم كان تركًا للنص أصلاً، وبالتعامل لا يجوز ترك النص أصلاً، وإنما يجوز تخصيصه، ولكن مشايخنا لم يجوزوا هذا التخصيص؛ لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة، وبتعامل أهل بلدة واحدة لا يخص الأثر؛ لأن تعامل أهل بلدة إن اقتضى أن يجوز التخصيص وترك التعامل من أهل

بلدة أخرى يمنع التخصيص، فلا يثبت التخصيص بالشك، بخلاف الاستصناع، فإنه وجد التعامل فيه في البلاد كلها.

وإذا فسدت الإجارة كان للحائك أجر مثل عمله والثوب لصاحب الغزل.

قال: وكذلك الطعام يحمله الرجل في سفينة أو على دابة [بالنصف](١)، لا يجوز ولا تجيء هاهنا [العلة الأولى التي](٢) ذكرناها في الحائك أن(٣) الأجر معدوم؛ وأن الأجر موجود هاهنا مشار إليه، وإنما تجيء العلة الثانية أن العمل في الانتهاء يقع في شيء مشترك؛ لأنه بابتداء العمل يصير بعض الطعام ملكًا للعامل فيقع(٤) العمل في محل مشترك وهذا يوجب الفساد إن كان لا يمنع الانعقاد.

وفي «شرح القدوري»: وإذا دفع الرجل إلى رجل دابة ليعمل عليها بالنصف فإن تقبل الطعام وحمل عليها، كان الأجر كله للمتقبل، ولصاحب الدابة أجر مثل الدابة، وإن أجر الدابة ليحمل عليها فهو لرب الدابة، ولهذا أجر مثل عمله.

وفي مضاربة الأصل: وإذا دفع الرجل إلى رجل دابة ليعمل عليها، ويؤاجرها على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما، فأجرها واحد عليها، فإن جميع غلة الدابة يكون لصاحب الدابة وللعامل أجر مثل عمله؛ فيما عمل؛ لأن تصحيح هذا العقد مضاربة متعذر؛ لأنه جعل رأس مال المضاربة منافع الدابة [ومنافع الدابة](٥) مما يتعين في العقود، فلا يصلح رأس مال المضاربة، وإذا تعذر جعلها مضاربة جعلناها إجارة، وإنها إجارة فاسدة لوجهين:

أحدهما: أنه استأجر العامل ليؤاجر دابته بنصف أجر الدابة، وإنه معدوم غير واجب في الذمة، ولا عين مشار إليه، فصار في معنى قفيز الطحان.

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في أ، ز: المعنى الذي.
(٣) في أ، ز: لأن.
(٤) في أ، ز: فيهم فيتم.
(٥) سقط في أ، ز.

والثاني: أنه استأجره ليؤاجر دابته ولم يبين لذلك مدة، وفي مثل هذا لا تجوز الإجارة، وإن كان البدل معلومًا فلأن لا يجوز هاهنا والبدل [مجهول][(١)] أولى بعد هذا ننظر إن أجر العامل الدابة من الناس وأخذ الأجر كان الأجر كله لرب[(٢)] الدابة؛ لأنه بدل منافع دابته، ألا ترى أنها لو هلكت قبل التسليم، بطلت الإجارة.

وألا ترى أنه لو حمل ذلك على دابة أخرى أو على ظهره لا يستحق الأجر دل على أن ما أخذ بدل منافع دابته، وقد أجرها بإذنه فيكون له وكان هذا بمنزلة ما لو أمره ليبيع دابته على أن [يكون][(٣)] نصف الثمن له، فباعها كان كل الثمن لصاحب الدابة؛ لأنه ثمن دابته كذا هاهنا وللعامل أجر مثل عمله؛ لأنه يبتغي لعمله عوضا لما شرط لنفسه نصف أجر الدابة؛ فيكون له أجر مثل عمله لما فسدت الإجارة وهذا بخلاف ما إذا كان العامل لا يؤاجر الدابة من الناس وإنما يتقبل الأعمال من الناس، ثم يستعمل الدابة في ذلك فإن الأجر يكون للعامل وعلى العامل أجر مثل الدابة؛ لأنه إذا تقبل الأعمال من الناس فما يأخذ من الأجر يكون بدل عمله لا بدل منافع دابته.

ألا ترى لو هلكت الدابة في هذه الصورة قبل التسليم لا تبطل الإجارة، وألا ترى أن له أن يحمل على دابة أخرى أو على ظهره فدل أن [ما أخذ من الأجر بدل عمل العامل][(٤)]، فيكون له وعليه أجر مثل الدابة؛ لأنه استعمل دابة الغير بإذنه ببدل مجهول.

وإذا دفع الرجل إلى الرجل بعيرًا ليسقي الماء ويبيع على أن ما رزق الله في ذلك من شيء فهو بينهما نصفان، فهو فاسد؛ لأنه تعذر تصحيح هذا العقد مضاربة؛ لأنه جعل رأس مال المضاربة ما يتعين بالتعيين، وهو منافع الدابة، ولكن هذه الإجارة

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في ز: لصاحب.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ز: الأجل بدل عمله.

فاسدة؛ لأنه جعل الأجر نصف ثمن ما يبيع من الماء، وثمن ما يبيع من الماء مجهول، فكان الأجر مجهولًا؛ ولأنه جعل الأجر بعض ما يحصل من عمله، فكان في معنى قفيز الطحان.

إذا استعمل [البعير، و][(١)] الراوية وباع الماء كان الثمن كله للعامل؛ لأنه بدل الماء لا بدل منافع الدابة ألا ترى لو هلكت الدابة قبل التسليم لا يبطل البيع، ولو هلك الماء قبل التسليم يبطل البيع، دل أنه بدل الماء، والماء كان مملوكًا للعامل ملكه بالإحراز بالراوية فكان الثمن بدل ملك العامل، فيكون للعامل، وعلى العامل أجر مثل البعير والراوية بخلاف المسألة الأولى؛ [لأن في المسألة الأولى][(٢)] ما أخذ العامل فهو بدل منافع الدابة فيكون لصاحب الدابة، وللعامل أجر مثل عمله على صاحب الدابة.

وهكذا الجواب: إذا أعطاه شبكة ليصيد بها على أن ما صاد بها من شيء فهو بينهما، فما اصطاد يكون للصائد؛ لأن الصيد مباح كالماء يملكه الصائد بالإحراز وعليه أجر مثل الشبكة؛ لأنه استعمل الشبكة بحكم إجارة فاسدة؛ لأنه جعل الأجر نصف[(٣)] ما يحصل من عمله.

وإذا تكارى الرجل بعيرًا ليحمل عليها أمتعة نفسه ويبيعها من الناس على أن يكون أجر البعير نصف ما يحصل بتجارته، فهذا فاسد وجميع ما اكتسب المستكري هو له، وعليه لصاحب البعير أجر مثل بعيره[(٤)] لاستيفائه منفعة البعير بحكم إجارة فاسدة.

وإذا دفع الرجل إلى الرجل بيتًا ليبيع فيه البر، على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فهو بينهما نصفان، فقبض البيت، وباع فيه البر، فأصاب مالًا، فإن جميع

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في أ، ز: مثل.
(٤) في أ: عمله.

ذلك لصاحب البر، ولصاحب البيت عليه أجر مثل البيت.

واعلم بأن هذه الإجارة فاسدة؛ لأنه لم يذكر فيها مدة؛ ولأن الأجر وهو نصف ما يربح مجهول، وإذا فسدت الإجارة كان على العامل أجر مثل البيت، وكان ما أصاب العامل من المال له؛ لأنه بدل بره، ولو كان صاحب البيت دفع البيت إليه ليؤاجر ويبتاع فيه البر على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما، فهذا فاسد؛ لأن المدة مجهولة والأجر مجهول، فإذا أجر البيت وأخذ أجره، كان الأجر كله لصاحب البيت؛ لأنه بدل منافع بيته وقد أجره بإذنه؛ لأنه استأجره ليؤاجر بيته إجارة فاسدة، فإذا استوفى عمله؛ كان له على رب البيت(١) أجر مثل عمله بخلاف المسألة [الأولى](٢)، فإن ثمة ما أصاب العامل من المال يكون كله له؛ لأنه بدل بره أما هاهنا بخلافه.

وفي «فتاوى الفضلي»: استأجر رجلًا ليحصد له القصب في الأجمة على أن يعطي أجره خمس حزمات من قصب هذه الأجمة، لا يجوز؛ لأنه في معنى قفيز الطحان؛ ولأن الحزمات مجهولة، وإن عين خمس حزمات، وقال: استأجرتك بهذه الحزمات الخمس يجوز، ولو لم يضف الأجر إلى قصب الأجمة، بل قال: استأجرتك على أن تحصد هذه الأجمة بخمس حزمات من القصب، لا يجوز لجهالة الحزمات.

بخلاف تذرية الكدس، واجتناء القطن بحيث يجوز إذا ذكر في الأجر حنطة أو قطنًا من غير أن يضاف إلى حنطة الكدس أو القطن المجتنى، وإن كان لا يجوز إذا أضيف إليهما.

والفرق: أن هناك المفسد عند الإضافة ليس هو الجهالة؛ لأن الحنطة والقطن لا يتفاوت [الوسط](٣) منهما، بل المفسد كون ذلك في معنى قفيز الطحان، [وإذا لم

(١) في ز: الملك.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في ز.

يضف لم يكن في معنى قفيز الطحان، وها هنا المفسد عند الإضافة كونه في معنى قفيز الطحان](١)، والجهالة، وبعدم الإضافة لا يخرج عن حد الجهالة، فلم يجز.

ومن جنس مسائل قفيز الطحان: إذا دفع إلى آخر بقرة [على أن يعلفها، وما يكون من اللبن والسمن بينهما أنصافًا](٢)، فالحادث لصاحب البقرة وعليه أجر مثل عمل المدفوع إليه، [وقيمة علفه](٣) [إن علفها من علف هو ملكه لا ما سرحها في المرعى](٤)، وهذا؛ لأن المدفوع إليه غير متبرع فيما صنع؛ لأنه إنما فعل ذلك رجاء أن يسلم له نصف الحادث، ولا يسلم له نصف الحادث لفساد العقد؛ لكون البدل مجهولًا.

قال: ولو مشى(٥) على ذلك زمانًا واتخذ المدفوع إليه بعض اللبن مصلاً، والبعض قائم في يده، فما كان قائمًا في يده من اللبن فهو للمالك، وما اتخذ المدفوع إليه اللبن مصلاً فهو للمدفوع إليه؛ [لأنه انقطع](٦) حق المالك عنه لتبدل الاسم والمعنى، وعلى المدفوع [إليه](٧) لصاحب البقرة مثل ذلك اللبن؛ [لأن اللبن](٨) مثلي.

وما ذكر من انقطاع حق المالك من المصل مشكل؛ لأن الاسم والعين وإن تبدل ولكن بصنع مأذون فيه من جهة المالك.

وعلى هذا إذا دفع الدجاجة إلى رجل لتكون البيضات بينهما، [لا يجوز والحادث كله صاحب الدجاج](٩)، فلو أن المدفوع إليه دفع البقرة أو الدجاجة إلى رجل آخر

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في أ، ز: بالعلف ليكون الحادث بينهما.
(٣) في أ، ز: وثمن العلف.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) في ز: مضى.
(٦) في أ، ز: فانقطع.
(٧) سقط في أ، ز.
(٨) سقط في أ، ز.
(٩) سقط في أ، ز.

بالنصف فهلك في يده، فالمدفوع إليه الأول ضامن؛ لأن العين أمانة عنده، وليس للأمين أن يدفع الأمانة إلى غيره من غير ضرورة فلو [أن المدفوع إليه دفع] [١]البقرة إلى السرح[٢] فلا ضمان عليه؛ لمكان العرف.

وفي بيوع الفتاوى: امرأة أعطت بذر العلق[٣] إلى امرأة بالنصف، فقامت عليه حتى أدرك فالعلق[٤] لصاحب[٥] البذر؛ لأنه حدث من بذره[٦] ولها على صاحبة البذر قيمة الأوراق، وأجر مثلها.

وفي إجارات الفتاوى: إذا دفعت بذر العلق[٧] إلى أختها وأختها إلى أخرى على أن العلق[٨] بينهم أثلاثا، فلما خرج الدود [قالا: إن أكثرها قد هلك][٩]، فقال[١٠] لهما: ادفعا إلي ثمن البذر وأنا منه بريء وهما كاذبان فقد خرج العلق[١١] كله، فالعلق[١٢] كله لها، ولهما عليها قيمة [ورق][١٣] الفرصاد[١٤]، إن كان له قيمة وأجر مثل عملهما في ذلك.

وفي مضاربة «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا دفعت إلى امرأة دودًا لتقوم عليه

---

(١) في ز: دفع المدفوع إلبه.
(٢) في أ، ز: رجل.
(٣) في أ، ز: العيلق.
(٤) في أ، ز: فالعليق.
(٥) في أ: لصاحبة.
(٦) في أ، ز: بذرها.
(٧) في أ، ز: العليق.
(٨) في أ، ز: الفيلق.
(٩) في أ، ز: قالتا هلك أكثرها.
(١٠) في أ،ز: فقالت.
(١١) في أ، ز: الفيلق.
(١٢) في أ، ز: فالفيلق.
(١٣) سقط في أ، ز.
(١٤) في أ: القرصاد.

بنفقتها على أن العلق[(١)] بينهما نصفان، فهو بمنزلة المضاربة فكل العلق[(٢)] لصاحب الدود وعليها أجر مثل العاملة، وثمن الأوراق، ولو غصب من آخر دود القزّ أو بيض الدجاجة[(٣)]، فأمسكها حتى خرج العلق[(٤)] أو الفرخ لمن يكون [الفرخ و][(٥)] العلق[(٦)]؟

حكي عن شمس الأئمة الحلواني رحمه الله أنه قال: إن خرج بنفسه فهو لصاحبه.

والحيلة في جنس هذه المسائل: أن يبيع صاحب البيضة [نصف البيضة][(٧)]، وصاحب الدجاجة والبقرة نصف الدجاجة والبقرة من المدفوع إليه، ويبرئه عن الثمن فيكون للمشتري وما يخرج بينهما نصفان.

رجل له غريم في مصر آخر، قال لرجل: اذهب إلى فلان وطالبه بالذي عليه، [وهو كذا][(٨)] فإن قبضته فلك عشرة من ذلك، ففعل فله[(٩)] أجر المثل؛ لأن هذا في معنى قفيز الطحان، فلم يصح هذا العقد، [وقد استوفى منافعه بحكم هذا العقد][(١٠)]، فيجب أجر المثل.

* * *

---

(١) في أ، ز: الفيلق.
(٢) في أ،ز: الفيلق.
(٣) في ز: الدجاج.
(٤) في أ، ز: الفيلق.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) في أ، ز: الفيلق.
(٧) سقط في أ، ز.
(٨) سقط في أ، ز.
(٩) في أ، ز: بنافلة مثل.
(١٠) سقط في أ، ز.

نوع آخر في فساد الإجارة لكون المستأجر مشغولًا بغيره:

قال محمد - رحمه الله: إذا استأجر الرجل أرضًا فيها زرع أو رطبة أو قصب أو شجر أو كرم مما يمنع الزراعة فهو فاسد؛ لأنه آجر ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يلحقه؛ لأنه لا يمكن تسليم الأرض إلا بقلع الأشجار والزروع، وفي قلع الأشجار والزروع ضرر بالآجر؛ لأن الأشجار على ملك الآجر، ومثل هذا يوجب فساد العقد كما في بيع العين، ألا ترى أنه لا يجوز بيع الجذع في السقف، وإنما لا يجوز؛ لأنه باع ما لا يمكنه تسليمه إلا بضرر ويلزمه في غير ما دخل تحت العقد كذا هاهنا.

والمراد من الزرع المذكور في هذه المسألة، الزرع الذي [لم يدرك بحيث يضره الحصاد، أما إذا أدرك الزرع][(١)] بحيث لا يضره الحصاد.

ذكر شيخ الإسلام في «شرحه» في كتاب الإجارات: أنه يجوز ويؤمر الآجر بقلع الزرع[(٢)]، وهكذا ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في «شرح كتاب الإجارات»، وهو نظير ما لو أجر دارًا فيها متاع الآجر، فإن الإجارات جائزة ويجبر الآجر على التفريغ[(٣)]، هكذا روي عن محمد رحمه الله.

وذكر القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله فيما إذا استأجر بيتا مشغولا بأمتعة الآجر كنا نظن أن الإجارات جائزة والتسليم لا يصح فكنا نفتي به حتى وجدت رواية عن محمد رحمه الله الإجارة لا تجوز، وجعلها كأرض فيها زرع ومن أجر أرضا فيها زرع لا يجوز فإن فرغها وسلمها لا يصح أيضا بخلاف ما إذا باع جذعا في السقف ثم إن محمدا - رحمه الله - نص على فساد هذا العقد، وهكذا حكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله أن هذا العقد فاسد.

وبعض مشايخنا قالوا: إنه موقوف إلى تفريغ[(٤)] الأرض، وقاسوا هذه المسألة

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في ز: المزروع.
(٣) في أ: التفريع.
(٤) في أ، ز: تفرغ.

على مسألة بيع الجذع في السقف.

والحاكم الشهيد رحمه الله: مال إلى ظاهر ما ذكر محمد رحمه الله، فرق بين هذه المسألة وبين [مسألة][١] بيع الجذع في السقف.

وفي القدوري: إذا استأجر سنة فيها رطبة [سنة][٢] فالإجارة فاسدة [عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله][٣]، فإن قلع رب الأرض [الرطبة][٤] وسلمها أرضًا بيضاء فهو جائز وقياسه على ما إذا باع الجذع في السقف ثم نزع الجذع وسلمه إلى المشتري، وإن اختصما قبل ذلك، فأبطل الحاكم الإجارة، ثم قلع الرطبة [بعد ذلك][٥]، لم يفسد[٦] العقد، وإن مضى من مدة الإجارة شيء قبل أن يختصما ثم قلع الرطبة فالمستأجر[٧] بالخيار، إن شاء قبضها على تلك الإجارة وطرح عنه أجر ما لم يقبض، وإن شاء ترك[٨]. هذه جملة ما ذكره القدوري.

ثم الزرع إذا لم يدرك وأراد جواز [الإجارة][٩] في ذلك، فالحيلة في ذلك أن يدفع الزرع إليه معاملة إن كان الزرع لرب الأرض على أن يعمل المدفوع إليه في ذلك بنفسه وأجرائه وأعوانه على أن ما رزق الله تعالى من الغلة فهو [بينهما][١٠] على أن من مائة سهم سهم من ذلك للدافع وتسعة وتسعون سهما للمدفوع إليه ثم يأذن له الدافع أن يصرف السهم الذي له إلى مؤنة هذه الضيعة، أو إلى شيء

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ،ز.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) في أ: يعد.
(٧) في أ: فالمشتري.
(٨) الفتاوى الهندية (٤/ ٤٤٦). في الفتاوى: لم يصح إلا بالاستئناف.
(٩) سقط في أ، ز.
(١٠) سقط في أ، ز.

[أراد][(١)] ثم يؤجر[(٢)] الأرض منه، وإن كان الزرع لغير رب الأرض ينبغي أن يؤاجر الأرض منه بعد مضي السنة [التي][(٣)] فيها الزرع فيجوز وتصير الإجارة[(٤)] مضافة إلى وقت في المستقبل.

وحيلة أخرى إذا كان الزرع لرب الأرض أن يبيع الزرع منه بثمن معلوم ويتقابضان، ثم يؤاجر الأرض منه، وكذلك الحيلة في الشجر والكرم، يدفع الأشجار والكرم معاملة أو[(٥)] يبيع الأشجار والكرم منه، ثم يؤاجر الأرض منه.

وإذا وقعت الإجارة على مشاع في كرم أو أرض فيها نخل حتى احتيج فيه إلى بيع الأشجار لا بد من بيع كل الأشجار، وبيع النصف شائعا لا يكفي، وسيأتي جنس هذا في فصل الإجارة الطويلة إن شاء الله تعالى.

وكان الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد رحمه الله يقول: إذا استأجر أرضا فيها أشجار فإن كانت الأشجار وسط الأرض لا يجوز.

قال: وكذلك المزارعة، وإن كانت في نواحي الأرض على المسنى[(٦)] جازت المزارعة، وإن كان وسط الأرض شجرة أو شجرتان صغيرتان مثل البالية التي مضى عليها حول أو حولان يجوز، وإن كانت الشجرة عظيمة لا يجوز.

أرض فيها رطبة اشترى رجل ما على الأرض من الرطبة ليحصدها، ثم استأجر أرضها[(٧)] لا يجوز؛ لأن بينها وبين الأرض شيء ليس للمؤاجر. وكذلك إن كان في الأرض شجرة فاشترى ما على الأرض ليقلعها ثم استأجر الأرض لا يجوز.

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في أ، ز: يؤاجر.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في ز: إجارة.
(٥) في أ، ز: أن.
(٦) في ز: المسنات.
(٧) في ز: أرضا.

وإن اشترى الرطبة بأصلها [لا يجوز][(١)] أو اشترى من النخيل بأصلها ليقطعها واستأجر جاز، وإذا استأجر البناء دون الأرض ففيه روايتان، قال القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله: كان أبو نصر رحمه الله يقول: لا تجوز إجارة البناء دون [الأرض][(٢)] فاوردت عليه إجارة الفسطاط فإن ذلك جائز فلم يتهيأ له الفرق.

وإذا اشترى ثمارا على رؤوس الأشجار، ولم يدرك بعد ثم استأجر النخيل ليترك فيه الطلع مدة معلومة، ففعل حتى أدرك الطلع فإن الإجارة باطلة، ويرجع بالأجر إذا كان نقده، ويطيب له ما زاد في الثمار؛ أما بطلان الإجارة فلأن هذه ليست من إجارات الناس، ولأن المستحق بهذه الأجرة الأجر التي يحدث في الثمار من النخيل، وإنها أعيان لا منافع، وجواز الإجارة متصور على ورودها على المنافع وإنما يطيب للمشتري الزيادة ولأن الإجارة من صاحب النخيل إذن للمشتري فالترك فالإجارة إن بطلت فالإذن لم يبطل فكانت الزيادة حاصلة من نخيل البائع بإذن البائع.

ولو اشترى رجل من رجل قصيلا ليقطعه أو أطلق العقد حتى صح الشراء ثم استأجر الأرض مده معلومة ليترك القصيل جاز، بخلاف ما لو استأجر النخيل مدة معلومة ليترك عليها الثمار لا يجوز[(٣)].

والفرق: أن الإجارة صدرت من أهلها مضافة إلى محلها فالأرض محل الإجارة؛ لأنها مما يمكن الانتفاع بها ببقاء عينها منفعة مطلوبة من الأرض وهو السكنى والزراعة وغيرهما من المنافع، أكبر ما في الباب أن هذه الإجارة أضيفت إلى محلها وقد خلت عما يفسدها فجاز، بخلاف النخيل؛ لأنه ليس للنخيل منفعة مطللوبه سوى الزيادة التي تتصل بالثمرة وهي أعيان، وإنما يعتبر الشيء محلا للعقد باعتبار مطلوب من ذلك الشيء، وإن كان المطلوب من النخيل العين لم يكن النخيل محلا

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في أ.
(٣) الفتاوى الهندية (٤/ ٤٤٧).

للإجارة؛ فلهذا لم يجز، وإن تركه هذا المستأجر حتى بلغ الزرع الأجر للبائع وطابت الزيادة له لصحة الإجارة، ولو كان المشتري للقصيل استأجر الأرض إلى أن يدرك ولم يذكر مدة معلومة، فالإجارة فاسدة لجهالة المدة، وإن[1] تركة في الأرض حتى أدرك لزمه أجر المثل؛ لأنه استوفى منفعة بالإجارة الفاسدة، بخلاف النخيل حيث لا يجب الأجر هناك أصلا؛ لأن هناك بطلت الإجارة لعدم المعقود عليه وهو المنافع فلا يجب الأجر أصلا، أما هاهنا بخلافه.

قال: ويطيب له من الزرع بقدر الثمن وما غرم من الأجر؛ لأن هذا رأس ماله، وليس يربح[2] فيكون طيبا ويتصدق بالفضل.

فرق بينه وبين إجارة النخيل في هذا الوجه حيث لا يجوز ومع ذلك يطيب له الفضل.

والفرق بينهما: ما أشار إليه محمد رحمه الله في الكتاب هو أن الإجارة من البائع إذن للمشتري بالترك إلا أن إجارة النخيل غير مشروع بحال من الأحوال فلم يكن منعقدًا بوصف الفساد فكان باطلا والباطل وجوده والعدم بمنزلة بقي الإذن بالترك مطلقا غير فاسد فلهذا تطيب له الزيادة، فأما إجارة الأراضي فلها جواز في الحيلة؛ لكون الأراضي محلاً للإجارة، وإنما فسدت الإجارة هاهنا لفوات شرط الجواز، وهو كون المدة معلومة فانعقدت فاسدة والفاسد ليس بلغو بل هو معتبر فيؤثر في فساد الإذن الذي ثبت في ضمن الإجارة، فحصلت الزيادة في ملك البائع بناء على إذن فاسد؛ فلهذا لا يطيب له؛ فهذا هو الفرق بينهما.

هذا الذي ذكرنا قياس على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وأما على قول أبي يوسف رحمه الله تطيب له الزيادة في الوجوه كلها، على أن شرط الزيادة عنده الضمان، وقد وجد في هذه الوجوه كلها.

---

(١) في ز: فإن.
(٢) في أ: في بيع.

نوع آخر: في الاستئجار على الطاعات:

وإذا استأجر رجلاً ليعلمه القرآن، أو ليعلم ولده القرآن لا يجوز، ومعناه لا ينع قد العقد أصلاً حتى لا يجب للأجير شيء بحال من الأحوال هذا هو جواب الكتاب، وإنما لم يجز؛ لأن الإجارة وقعت على عمل ليس في وسع الأجير إيفاؤه؛ لأن التعليم إنما يتم بالتعليم كالكسر بالانكسار، والتعليم ليس في وسع المعلم، ومثل هذه الإجارة لا تجوز، ولأن المعلم مع المتعلم يشتركان في منفعة التعليم وفي هذا الاستئجار لا يجوز ومشايخ بلخ جوزوا الاستئجار على تعليم[١] القرآن إذا ضرب لذلك مدة، وأفتوا بوجوب المسمى، وعند عدم الاستئجار أصلاً، و[٢] عند الاستئجار بدون ذكر المدة، أفتوا بوجوب أجر المثل، قالوا: وإنما كره تعليم القرآن بالأجر في الصدر الأول؛ لأن حملة القرآن كانوا قليلاً، فكان التعليم واجبًا حتى لا يذهب القرآن، وأما في زماننا كثر حملة القرآن فلم يبق التعليم واجبًا، فجاز الاستئجار عليه.

وذكر الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - كان المتأخرون من أصحابنا يجوزون ذلك ويقولون: إنما كره المتقدمون ذلك؛ لأنه كان للمعلمين عطاء من بيت المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم من معاشهم، وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة[٣] وللمتعلمين مروءة في المجازاة والإحسان من غير شرط، وأما اليوم ليس لهم عطيات من بيت المال والتعليم يشغلهم عن اكتساب ما لا بد لهم من أمر المعاش، وانقطع رغبة المتعلمين في الاحتساب ومجازاة المعلمين من غير شرط فتجوز الإجارة على الحدود المرسومة وهذا استحسان.

أيضًا استحسن المشايخ، وكذا نفتي بجواز الاستئجار على تعليم الفقه في زماننا.

والاستئجار على الأذان والإقامة لا يجوز؛ لأنه استئجار على عمل للأجير فيه

---

(١) في ز: تعلم.
(٢) في أ: أو.
(٣) في أ، ز: السنة.

شركة؛ لأن المقصود من الأذان والإقامة أداء الصلاة بجماعة بأذان وإقامة، وهذا النوع كما يحصل للمستأجر يحصل للآجر، وكذا الاستئجار على الحج والغزو وسائر الطاعات لا يجوز؛ لأنه لو جاز لوجب على القاضي جبر الأجير عليها ولا وجه إليه؛ لأن أحدًا لا يجبر على الطاعات وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني والقاضي الإمام ركن الإسلام على السغدي - رحمهما الله - لا يفتيان بجواز الاستئجار على تعليم القرآن.

وهكذا حكي عن الشيخ الإمام الأجل ركن الدين أبي الفضل رحمه الله وفي روضة الزندويستي، كان شيخنا أبو محمد عبد الله الخيزاخزي يقول: في زماننا يجوز للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجر. وسيأتي بيان الحيلة للجواز على قول الكل في فصل الاستئجار على تعليم الأعمال.

وكذلك الاستئجار على تعليم الفقه لا يجوز، ذكره في أدب القاضي في أول باب القسمة.

وكذلك الاستئجار على تعليم الشعر والأدب لا يجوز، وهذا كله إذا لم يذكر مدة معلومة، فأما إذا ذكر لذلك مدة معلومة بأن استأجره[(١)] شهرًا ليعلم ولده الشعر أو الأدب يجوز، وكذا على هذا سائر الأعمال نحو الخط والهجاء وسائر الحرف، إذا استأجره عليه إن بين لذلك مدة يجوز، ويستحق المسمى إذا سلم نفسه، تعلم أو لم يتعلم، وإن لم يبين لذلك وقتًا ينعقد [العقد][(٢)] فاسدًا حتى يستحق أجر المثل إذا تعلم.

* * *

(١) في ز: استأجر.
(٢) سقط في أ، ز.

نوع آخر: في الاستئجار على المعاصي:

إذا استأجر حمالًا ليحمل له خمرًا فله الأجر في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - لا أجر له، فوجه قولهما أن حمل الخمر معصية؛ لأن الخمر للشرب، والشرب معصية، وقد لعن رسول الله ﷺ حامل الخمر والمحمول إليه، وذلك يدل على كون الحمل معصية، وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: الخمر يحمل للإراقة أو التخليل كما يحمل للشرب فلم يكن متعينًا للمعصية فيجوز الاستئجار عليه.

قال القدوري في كتابه: قال محمد - رحمه الله: ابتلينا بمسألة ميت مات من المشركين فاستأجروا له من يحمله إلى بلدة أخرى، قال أبو يوسف رحمه الله: لا أجر له، وقلت: إن كان الحمال يعرف أنه جيفة، فلا أجر له، وإن لم يعلم فله الأجر.

قال أبو يوسف: و[على][١] هذا الخلاف ما لو استأجره لنقله [من بلد إلى بلد، ولنقله][٢] إلى مقبرة البلد يجوز [عند الكل][٣]؛ لأن ذلك لدفع أذاه عنهم فصار كاستئجار الكناس واستئجار المسلم ليخرج له حمارًا ميتًا من داره.

وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله: إذا أجر نفسه من مجوسي ليوقد له نارًا، فلا بأس به.

وأبو حنيفة سوى بين هذا وبين ما إذا أجر نفسه من ذمي ليحمل له خمرًا، وهما فرقا بين المسألتين.

ووجه الفرق التصرف في النار والانتفاع بها جائز في الجملة ولا كذلك في الخمر والانتفاع بها.

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ، ز.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - رجل استأجر رجلاً ليصور له صورًا أو تماثيل الرجال في بيت أو فسطاط فإني أكره ذلك وأجعل له الأجر، قال هشام: تأويله إذا كانت الأصباغ[(١)] من جهة الأجير.

وقد ذكر في العيون عن محمد رحمه الله ما يدل على صحة هذا التأويل، صورته، لو استأجر رجلا لينحت له الأصنام أو يزخرف بيتا بتماثيل، والأصباغ من رب البيت، فلا أجر له، وهذا؛ لأن الصبغ من قبل الأجير لا يمكن ايجاب الأجر بمقابله أو بمقابلة الصبغ الذي هو عين مال، ولا يمكن إيجابه بمقابلة نفس العمل؛ لأنه معصية، وكذلك لو استأجر نائحة أو مغنية فلا أجر لها؛ لأن فعلها معصية.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا استأجر رجلاً لينحت له طنبورًا أو بربطًا ففعل، يطيب له الأجر إلا أنه آثم في الإعانة على المعصية وإنما وجب الأجر في هذه المسألة، ولم يجب في نحت الصنم؛ لأن جهة المعصية ثَمَّ متعينة؛ لأن الصنم لا ينحت إلا للمعصية، أما في البربط والطنبور جهة المعصية ليست بمتعينة؛ لأنها كما يصلح للمعصية يصلح لغير المعصية بل يجعل وعاء للأشياء.

ولو استأجر الذمي مسلمًا ليبني له بيعة أو كنيسة جاز، ويطيب له الأجر؛ لأنه بدل عمله.

قال أبو حنيفة رحمه الله: لا تجوز الإجارة على شيء من اللهو والمزامير والطبل وغيره؛ لأنها معصية، والإجارة على المعصية باطلة؛ لأن الأجير مع المستأجر يشتركان في منفعة فتكون هذه واقعة على عمل هو فيه شريك.

قال: وإن أعطي المستأجر شيئًا من اللهو ليلهو به فضاع أو انكسر فلا ضمان عليه؛ لأن الإجارة لما لم تنعقد بقي مجرد الإذن، كما في استئجار النخيل فكان الأخذ بإذن المالك فمتى ضاع أو انكسر لا يكون عليه شيء، كما لو أذن ولم يؤاجر.

---

(١) في ز: الامتناع.

قال: وإذا استأجر الذمي من المسلم بيعة ليصلي فيها فإن ذلك لا يجوز؛ لأن صلاة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه، وأي ذلك اعتبرنا كانت الإجارة باطلة؛ لأن الإجارة على ما هو طاعة أو معصية لا يجوز.

وكذلك [المسلم][(١)] إذا استأجر من المسلم بيتًا ليجعلها مسجدًا ليصلي فيه المكتوبة أو النافلة، فإن هذه الإجارة لا تجوز في قول علمائنا رحمهم الله، وهذا لأنها وقعت على ما هو طاعة، فإن تسليم الدار ليصلي فيها طاعة ومن مذهبنا أن الإجارة على ما هو طاعة لا تجوز.

وكذلك الذمي [إذا][(٢)] استأجر رجلًا من أهل الذمة ليصلي بهم فإن ذلك لا يجوز؛ لأن هذه معصية عندنا وطاعة في دينهم وأيّ ذلك اعتبرنا لا تجوز هذه الإجارة.

وإذا استأجر الرجل من أهل الذمة مسلمًا ليحمل له خمرًا ولم يقل ليشرب[(٣)]، أو قال ليشرب جازت الإجارة في قول أبي حنيفة خلافًا لهما.

وكذلك إذا استأجر الذمي [بيتًا من مسلم][(٤)] ليبيع فيه الخمر، جازت الإجارة في قول أبي حنيفة رحمه الله [خلافًا لهما][(٥)].

والوجه لأبي حنيفة فيما إذا نص على الشرب أن هذه إجارة وقعت على أمر مباح؛ لأنها وقعت على [حمل الخمر][(٦)] ليشربها الذمي، أو وقعت على الدار ليبيع الذميّ الخمر فيها وبيع الذمي الخمر وشربه الخمر مباح له؛ لأن خطاب التحريم غير نازل في حقه.

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في ز: للشرب.
(٤) في ز: من مسلم بيتا.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) في ز: خمر.

وهذا بخلاف ما إذا استأجر الذمي من المسلم بيتًا يصلي فيه حيث لا يجوز؛ لأن [ثمة][١] صفة المعصية، وإن انتفت في حقه ثابتة في حق المسلم فتبقى صفة الطاعة، والاستئجار على الطاعة لا يجوز، وهاهنا صفة المعصية متى انتفت عن الشرب لديانته يبقى فعلاً مباحًا في نفسه ليس بطاعة فتجوز الإجارة، وفيما إذا لم ينص على الشرب، فالوجه[٢] له أن الخمر[٣] كما يكون للشرب، وإنه معصية في حق المسلم يكون للتخليل، وإنه مباح للكل فإذا لم ينص على الشرب يجب أن يحمل على التخليل حملاً لهذا العقد على الصحة.

وهو نظير ما لو استأجر الذميّ من المسلم بيتًا ولم يقل[٤] ليصلى فيه، فإنه يجوز، وإن كان له أن يصلي فيه ويتخذه بيعة وكنيسة.

وإذا استأجر الذمي مسلمًا ليحمل له ميتة أو دمًا يجوز عندنا[٥]؛ لأن نقل الميتة والدم لإماطة الأذى عن الناس، وإماطة الأذى عن الناس مباح فتكون الإجارة واقعة على أمر مباح فيجوز، وقد تكون للأكل فتكون الإجارة واقعة على فعل حرام، فلا تجوز، فإذا أطلق تحمل الإجارة على الحمل لإماطة الأذى تجويزًا للإجارة.

وإذا استأجر الذمي ذميًا لينقل الخمر، أو استأجر منه بيتًا ليبيع فيه الخمر جاز عندهم جميعًا؛ لأن الخمر عندهم كالخل عندنا، وهذا بخلاف ما لو استأجر ذمي من ذمي بيتًا يصلي فيه حيث لا يجوز؛ لأن صلاتهم عندهم معصية عندنا، وأي ذلك كان لم تجز الإجارة، وأما في الخمر متى انتفت صفة المعصية تبقى بعد ذلك صفة الإباحة، والاستئجار على فعل مباح جائز.

ولو استأجر مسلمًا ليرعى له خنازير يجب أن تكون على الخلاف كما في الخمر

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في ز: الوجه.
(٣) في ز: الحمل.
(٤) في ز: يسم.
(٥) في أ، ز: عندهم جميعًا.

وإذا استأجره ليبيع له ميتة لم يجز؛ لأن بيع الميتة لا يجوز في دين من الأديان؛ لأنه لا ثمن لها، وإذا لم يجز بيعه [فقد استأجر](١) على فعل ليس في وسع الأجير تحصيله بحال.

وإذا استأجر الذميّ من المسلم دارًا ليسكنها فلا بأس بذلك؛ لأن الإجارة وقعت على أمر مباح فجازت، وإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير، لم يلحق المسلم في ذلك [شيء](٢)؛ لأن المسلم لم يؤاجر لها إنما أجر للسكنى، وكان بمنزلة ما لو أجر دارًا من فاسق كان مباحًا، وإن كان قد يعصي فيها، وإن اتخذ [فيها](٣) بيعة أو كنيسة أو بيت نار يمكن من ذلك إن كان في السواد.

قال شيخ الإسلام رحمه الله: وأراد بهذا إذا استأجرها الذمي ليسكنها، ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة [أو بيعة فيها، فأما إذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة](٤) لا يجوز ألا ترى إلى ما ذكر قبل هذا أن الذمي إذا استأجر من المسلم بيعة يصلي فيها لم يجز.

بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر في سواد الكوفة؛ لأن عامة سكناها أهل الذمة والروافض، أما في سوادنا عامة سكناها المسلمون فيمنعون عن إحداث الكنائس كما يمنعون عنها في الأمصار، وكثير من المشايخ قالوا: لا يمنعون عن إحداث الكنائس في سوادنا أيضًا.

* * *

(١) في ز: فتكون الإجارة.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في ز.
(٤) سقط في أ، ز.

نوع آخر:

قال: وإذا استأجر كتابًا يقرأ فيه لم يجز شعرًا كان أو فقهًا أو غيره.

وكذلك إذا استأجر مصحفًا، وإنما لا يجوز؛ لأن الإجارة عقدت على القراءة والنظر، والإجارة على النظر والقراءة لا تنعقد؛ لأن القراءة لا تخلو إما أن تكون طاعة أو معصية أو مباحًا.

فإن كانت القراءة طاعة كقراءة القرآن والأحاديث، كان هذا إجارة على الطاعة، والإجارة على الطاعة لا تنعقد.

وإن كانت معصية كالنياحة والغناء فهو إجارة على المعصية، والإجارة على المعصية باطلة.

وإن كان مباحًا كقراءة كتب الأدب، فلأن القراءة والنظر مباح له بغير إجارة، إنما لا يباح له حمله وتقليب الأوراق والإجارة لا تنعقد على ما كان يملكه المستأجر قبل الإجارة من غير إجارة، [ولا تنعقد على حمله وتقليب الأوراق وإن كان لا يملكه المستأجر من غير إجارة](١)؛ لأنه لا فائدة للمستأجر في ذلك، ألا ترى أنه لو نصّ فقال: استأجرت منك هذا الكتاب لأحمله وأقلب أوراقه، فإن الإجارة لا تصح فكذلك هاهنا.

وكذلك إذا استأجر قارئًا ليقرأ عليه شيئًا لا يجوز؛ لأن القراءة التي وقعت الإجارة عليها إن [كانت طاعة أو معصية لا تجوز الإجارة عليها، إما؛ لأن الاستئجار على الطاعات والمعاصي باطلة وإما؛ لأن القارئ مع السّامع يشتركان في منفعة القراءة؛ لأنه كما ينتفع السامع بالقراءة من حيث العظة والتلذّذ ينتفع بها القارئ العمل فقد استأجره لعمل هو شريك فيه، ومثل هذا لا يجوز على ما مرّ، وإن كانت القراءة التي وقع عليها الإجارة مباحًا كقراءة كتب الأدب وما أشبه ذلك، لا تجوز الإجارة عليها للوجه الثاني.

---

(١) سقط في أ.

نوع منه: في الاستئجار على الأفعال المباحة نحو تعليم الصناعة والتجارة والهدم والبناء والحفر وأشباه ذلك.

وإذا دفع عبده إلى رجل يقوم عليه أشهرًا مسماة في تعليم النسخ على أن أعطاه المولى كل شهر شيئًا مسمّى فهو جائز، أما على قول من قال: بأن الإجارة على تعليم القرآن لم تجز؛ لأن تعليم القرآن طاعة فظاهر؛ لأن تعليم النسخ مباح وليس بطاعة، وأما على قول من قال: بأن الإجارة على تعليم القرآن إنما لا تجوز؛ لأن التعليم ليس من عمل الأجير بل من فهم المتعلم، فلأن الإجارة هاهنا وقعت على أن يقوم عليه ويحفظه، ولكن ذكر النسج ليرغب الولي فيما يحصل له في أثناء العقد عن عمل الحياكة، فإن الصبيّ ربما يأخذ ذلك بفهمه وذكائه، فهذا جار مجرى البيع والمقصود هو القيام عليه وفي وسع الأستاذ الوفاء به حتى لو شرط عليه تعليم الحياكة، ولم يقل ليقوم عليه في عمل كذا يجب ألا يجوز كما في تعليم القرآن.

ولو شرط على المعلم أن يقوم على ولده شهرًا في تعليم القرآن يجب أن يجوز، وإن كان الأستاذ هو الذي شرط للمولى أن يعطيه ذلك ويقوم على غلامه في تعليم ذلك، فهو جائز، وإن لم يشترط كل واحد منهما على صاحبه الأجر يعني الأستاذ مع الولي، ودفعه على وجه الإجارة، فلما فرغ الأستاذ من التعليم، قال الأستاذ: لي الأجر على رب العبد، وقال ربّ العبد: لا بل لي الأجر على الأستاذ، فإني أنظر في ذلك العمل إلى ما يصنع أهل تلك الصنعة في تلك البلدة فإن كان المولى هو الذي يعطي الأجر جعلت على الأستاذ أجر مثله للمولى.

قال الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي رحمه الله: معنى قوله: (دفعه على وجه الإجارة) أن ذلك العمل مما لا يعمل بغير بدل.

إذا استأجر الرجل سمسارًا ليشتري له الكرابيس أو استأجر دلالًا ليبيع له ويشتري فإن لم يبيّن لذلك أجلاً لا يجوز، وقد ذكرنا المسألة مع ما فيها من الحيلة للجواز من قبل.

وفي «واقعات الناطقي»: إذا قال الرجل: بع هذا المتاع ولك درهم أو قال: اشتر لي هذا المتاع ولك درهم، ففعل فله أجر مثله لا يجاوز به الدرهم؛ لأن هذا الاستئجار وقع فاسدًا فكان عاملاً له بإجارة فاسدة فيجب له أجر المثل، وفي الدلال والسمسار يجب أجر المثل وما تواضعوا عليه أن من كل عشرة دنانير كذا، فذلك حرام عليهم.

وفي «العيون»: رجل دفع إلى آخر ثوبًا فقال له: بعه بعشرة فما زاد فهو بيني وبينك.

قال أبو يوسف: إن باعه بعشرة أو لم يبعه فلا أجر له، وإن تعب في ذلك؛ لأنه نفى الأجر إذا باعه بعشرة لما علقه بأكثر من عشرة ولو باعه باثني عشر، أو أكثر أو أقل فله أجر مثل عمله.

وقال محمد رحمه الله: له أجر مثل عمله، وإن لم يبع فإذا تعب في ذلك؛ لأنه عمل بحكم إجارة فاسدة، والفتوى على قول أبي يوسف؛ لأن الأجر مقابل بالبيع دون مقدماته، فلا يستحق الأجر بدون البيع وإن تعب في عمله بحكم إجارة فاسدة.

وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا قال لدلال: اعرض صنعتي وبعها على أنك إذا بعتها فلك من الأجر كذا، فلم يقدر الدلال على إتمام الأمر فباعها دلال آخر.

قال الفقيه أبو القاسم رحمه الله: إن كان الأول قد عرضها وذهب له في ذلك دور جار يعتد به فأجر المثل له واجب بقدر عنائه وعمله.

وعن أبي نصر مثل ما قاله الفقيه أبو القاسم فإنه سئل عمّن دفع ثوبًا إلى منادى ليبيعه بأجر فنادى، ولم يبع صاحبه قال: له أجر مثله؛ لأنه عمل بإجارة فاسدة.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا هو القياس أمّا في الاستحسان لا يجب له الأجر؛ لأن العرف والعادة جرت أنهم لا يأخذون الأجر إلا بالبيع وهذا موافق لقول أبي يوسف في المسألة المتقدمة، وعليه الفتوى.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: رجل يبيع ثيابًا بالمزايدة، أجر مناديًا ينادي

ببيع ذلك، فإن بيّن له وقتًا أو قال ينادي كذا صوتًا فذلك جائز وما لا فلا.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف: رجل ضلّ شيئًا، فقال: من دلني عليه فله درهم فدلّه إنسان فلا شيء له؛][1]؛ لأن الدلالة والإشارة ليست بعمل يستحق به الأجر.

ولو قال لإنسان بعينه: إن دللتني عليه فلك درهم، فإن دلّه من غير مشي معه فكذلك الجواب لا يستحق به الأجر، وإن مشى معه ودلّه فله أجر مثله؛ لأن هذا عمل يقابل بالأجر عرفًا وعادة، إلا أنه غير مقدر ففسد العقد ووجب به أجر المثل.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: استأجر رجلًا ليصيد له أو يحتطب، فإن [كان][2] وقّت لذلك وقتًا جاز، وإن لم يوقت، وعين الحطب، فالإجارة فاسدة، وما صاد أو احتطب فهو للمستأجر[3] وإن كان الحطب الذي عينه ملك المستأجر، فالإجارة جائزة.

وفي السير الكبير أن الاستئجار على الاحتطاب والاحتشاش جائز.

وفي «القدوري»: عن محمد رحمه الله فيمن قال لغيره: اقتل هذا الذئب [أو هذا][4] الأسد ولك درهم، وهما صيد ليس للمستأجر، فله أجر مثله لا يجاوز به درهمًا؛ لأنه يحتاج في الصّيد إلى المعالجة، فيصير العمل مجهولًا باعتباره فيجب أجر المثل.

قال: ويكون الصيد للمستأجر؛ لأن القتل سبب الملك وعمل الأجير يقع للمستأجر.

وفي «فتاوى الفضلي»: إذا استأجر الرجل رجلًا ليهدم جداره، أو يبني حيطانه كل ذراع بكذا، أو ليكسر حطبه جازت الإجارة، وإن لم يذكر الأجل.

---

(١) ما بين المعقوفين بياض في أ، ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) في أ، ز: للمشتري.
(٤) في أ، ز: و.

والأصل في جنس هذه المسائل أن العمل إذا كان معلومًا، فلو[١] أراد المستأجر أن يشرع في ذلك العمل [في الحال][٢] يمكنه الشروع فيه ويقدر عليه، فإنه تجوز الإجارة من غير ذكر الأجل، وكذلك لو ذكر الأجل إلا أنه لم يبين مقدار العمل، وهو يقدر على الشروع في الحال يجوز أيضًا.

بيان الأول: ما ذكرنا من مسألة الهدم، وبناء الحائط، وكسر الحطب، وكذلك لو استأجر رجلاً ليخبز له عشرين طنًا من الخبز بدرهم يجوز، وإن لم يذكر الأجل؛ لأن العمل معلوم.

بيان الثاني: لو استأجره ليخبز له اليوم إلى الليل جاز، وإن لم يبيّن مقدار العمل؛ لأن العمل صار معلومًا بذكر الأجل.

ولو استأجر رجلاً ليذري كدسه، أو قال بالفارسية: باين يك خرمن من رابا وكن لا يجوز. ولو قال: يا ين يك درهم أين ويوار بابازكن يجوز؛ لأن في الجدار وجنسه لو أراد الأجير أن يشرع في العمل في الحال لا يقدر أما تذرية الكدس لا تتم به وحده، وإنما يتم به، وبالريح فلم يكن قادرًا على العمل فلا يصح.

وفي «الأصل»: استأجره ليبني له حائطًا بالآجر والجص، وسمى كذا كذا أجرة من هذه [الأجرار][٣] وكذا كذا[٤] من الجص، ولم يسم الطول والعرض كانت الإجارة فاسدة قياسًا، صحيحة استحسانًا.

وجه القياس: أن مقدار الطول والعرض مجهول، وهذه جهالة توقعهما في المنازعة.

وجه الاستحسان: أن مقدار الطول والعرض معلوم عرفًا؛ لأن بعد [بيان][٥]

(١) في أ: ولو.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في أ، وفي ز: الإجارات.
(٤) في أ: كرا.
(٥) سقط في أ، ز.

الآجر عددًا والجص كيلاً يعرف أهل هذه الصنعة مقدار طوله وعرضه.

ولو سمى كذا كذا عددًا من الآجر أو اللبن ولم يسم الملبن ولم يره إياه إن كان ملبن أهل تلك البلدة واحدًا أو كان لهم ملابن إلا أن غالب عملهم على ملبن واحد، جازت الإجارة استحسانًا؛ لأن ملبنهم إن كان واحدًا ينصرف مطلق الاسم إليه.

وكذلك إذا كان لهم ملابن مختلفة، ولم يغلب استعمال واحدة منها، كانت الإجارة فاسدة؛ لأن في هذه الصورة الملبن لا يصير معلومًا لا شرطًا ولا عرفًا وجهالة الملبن توجب فساد الإجارة؛ لأن العمل مما يتفاوت بتفاوت الملبن صغرًا وكبرًا.

وإذا استأجره ليبني له حائطًا بالمرمص[1] وشرط عليه الطول والعرض جاز؛ لأن العمل معلوم إذا بين الطول والعرض وبدون بيان الطول والعرض لا يجوز[2]؛ لأن العمل لا يصير معلومًا.

وإذا استأجره ليعمر له هذه الساحة بيتين ذي سقفين أو ذي سقف واحد، وبيّن طوله وعرضه وغير ذلك، ويقال بالفارسية: شكروداون لا يجوز، هكذا ذكر في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله.

والصواب أنه يجوز إذا كان بآلات المستأجر لتعامل الناس، ومسألة الاستئجار لبناء الحائط بالآجر والجصّ التي تقدم ذكرها يشهد لهذا القول.

ولو استأجره ليحفر له بئرًا في داره وسمى عمقها وسعتها، حتى جازت الإجارة، فلما حفر بعضها ألفى حبلاً أشد عملاً وأشد مؤنة، فإن كان يقدر على حفرها بالآلة التي تحفر بها الآبار ويلحقه زيادة مشقة وتعب، فإنه يجبر على العمل؛ لأنه ضمن بعقد الإجارة حفر هذا الموضع بالآلة التي تحفر بها الآبار، وقد أمكنه ذلك فقد قدر على الوفاء بما ضمن بعقد الإجارة [فيجبر عليه، وإن كان لا يقدر على حفرها بالآلة التي تحفر بها الآبار لا يجبر عليه؛ لأنه ما قدر على الوفاء بما ضمن بعقد

(١) في أ، ز: بالرهص.
(٢) زاد في ز: الإجارة.

الإجارة][١]؛ لأنه ضمن الحفر بالآلة التي تحفر بها الآبار لا بآلة أخرى، وهل يستحق الأجر بقدر ما عمل؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في «الكتاب».

و[حكى][٢] فتوى شمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمه الله: [أنه][٣] يستحق إذا كان يعمل في ملك المستأجر، بخلاف ما إذا كان [يعمل][٤] في غير ملكه، وقاس هذه المسألة على ما إذا استأجر خياطًا ليخيط له ثوبًا في بيت المستأجر فخاط بعضه فسرق الثوب، أو حفارًا ليحفر له بئرًا في دار المستأجر فحفر البعض فانهار فإنه يستحق الأجر بقدره وإن كان يعمل ذلك في غير ملكه فلا أجر له كذا هاهنا.

وعلى قياس ما ذكر القدوريّ أن الخياط إذا خاط في بيت المستأجر بعض الثوب ألا أجر له؛ لأنه لا ينتفع به يجب أن يقال هاهنا: إنه لا يجب الأجر أيضا؛ لأنه لا ينتفع به.

وإن شرط عليه أن كل ذراع في طين أو سهلة بدرهم، وكل ذراع في جبل بدرهمين، وكل ذراع في الماء بثلاثة وبينّ مقدار طول البئر عشرة مثلا، فهو جائز؛ لأن الأجر معلوم حال وجوبه؛ لأن الأجر إنما يجب بعد العمل وبالعمل يصير جميع الأجر معلومًا؛ لأنا نعلم بأي قدر حفر في السهلة وبأي قدر [حفر][٥] في الجبل.

ولو استأجره ليحفر له بئرًا في داره، وظهر الماء[٦] قبل أن يبلغ المسمى الذي شرط عليه، فإن أمكنه الحفر في الماء بالآلة التي تحفر بها الآبار أجبر على الحفر، فإن احتيج إلى اتخاذ آلة أخرى لا يجبر عليه على نحو ما ذكرنا في المسألة المتقدمة.

وكذلك لو استأجره ليحفر له في حجارة مروة، فلما حفر البعض استقبله حجارة

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) زاد في ز: في البئر.

[صفا][(١)] أصم، فإن أمكنه حفر الصفا بالآلة التي يحفر بها المروّة أجبر على الحفر، وما لا فلا.

وإن استأجر رجلاً ليحفر له حوضًا عشرة في عشرة وبين عمقها وعرضها ببدل معلوم، فحفر خمسة في خمسة يجب ربع المسمى؛ لأنه أوفى ربع العمل؛ لأن مربع عشرة في عشرة مائة، وخمسة في خمسة خمسة وعشرون.

وإذا استأجر الرجل رجلاً ليحفر له قبرًا فحفر فانهارت أو دفن فيه إنسان قبل أن يأتي المستأجر بجنازته فهو على التفصيل الذي ذكرنا في حفر البئر قبل هذا إذا كان ذلك في ملك المستأجر فله الأجر، وإن كان في غير ملكه فلا أجر له.

ولو استأجره ليحفر له قبرًا ولم يسمّ في أيّ المقابر جاز استحسانًا وينصرف إلى المكان الذي يدفن فيه أهل تلك المحلة موتاهم.

قال مشايخنا رحمهم الله: هذا الجواب بناءً على عرف أهل الكوفة، فإن لكل محلّة مقبرة يدفنون موتاهم فيها، وأما في زماننا تنقل الموتى من محلة إلى مقابر محلة أخرى فلا بد من تسمية المكان حتى لو كان موضعًا كان لأهل كل محلة مقبرة خاصة لا ينفلون موتاهم إلى محلة أخرى أو كان موضعا لهم مقبرة واحدة جازت الإجارة من غير تسمية المكان.

وإذا عيّن المستأجر للأجير مكانًا يحفر فيها القبر فحفر في مكان آخر، فالمستأجر بالخيار إن شاء رضي بذلك وأعطاه الأجر، وإن شاء رد ذلك عليه ولا أجر له؛ لأن الأجير موافق من وجه من حيث إنه أمر بحفر القبر، ومخالف من وجه من حيث إنه لم يحفر في المكان الذي أمر بالحفر فيه، فإن شاء مال إلى جهة الوفاق وجعله عاملاً بعقد وأعطاه الأجر، وإن شاء مال إلى جهة الخلاف، وجعله عاملاً بغير عقد ولم يعطه الأجر، وإذا لم يصف له طول القبر وعرضه وعمقه، جاز الاستئجار استحسانًا، ويؤخذ بأوسط ما يعمله الناس.

(١) سقط في أ، ز.

نوع آخر من هذا الفصل في المتفرقات:

قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز أن يستأجر من عقار مائة أذرع أو من أرض جريبًا[١] أو جريبين أو[٢] أكثر من ذلك.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز[٣]؛ لأن من أصل أبي حنيفة أن بيع الذراع من الأرض لا يجوز وعندهما يجوز؛ لأنه عبارة عن النّصيب وإجارة المشاع جائزة عندهما.

ولا يجوز استئجار القناة والبئر والنهر ليسقي منهما غنمه أو أرضه؛ لأن المقصود هو الماء وإنه عين، والأعيان لا تستحق بعقد الإجارة، وكذلك إذا كان لرجل شرب في النهر فاستأجره ليسقي غنمه أو أرضه لم يجز لما قلنا.

والحيلة في ذلك أن يؤاجر منه موضعا معلوما من حريم القناة والنهر ليكون عطنا لمواشيه ويبيح له سقي المواشي من البئر والنهر فيجوز.

ذكر شمس الأئمة رحمه الله قالوا: وهذا إذا كان المواشي بحيث ينقطع الماء عن شربها فأما إذا لم يكن كذلك فلا حاجة إلى الإذن إذا لم يضر المواشي بحريم البئر والنهر.

ولا تجوز إجارة الآجام والأنهار للسمك وغيره، أما للسمك فلأن هذه الإجارة لا تفيد إلا ما كان ثابتًا له من قبل؛ لأن المشروط في هذه اصطياد السمك والمستأجر[٤] كان يملك اصطياد السمك من غير إجارة، ولأن هذه الإجارة عقدت على استحقاق العين، وأما لغير السمك، فلأن غير السمك في الآجام والأنهار والقصب[٥] والماء، وإنها عين.

ولا تجوز إجارة المراعي لم يرد [به][٦] إجارة الأراضي، فإن إجارة الأرض

---

(١) في أ: مائتين.
(٢) زاد في ز: كان.
(٣) في ز: لا يجوز.
(٤) في ز: فالمستأجر.
(٥) في ز: والمصب.
(٦) سقط في أ، ز.

جائزة وإنما أراد إجارة الكلأ، وإنما[1] لم يجز؛ لأنها وردت على العين.

والحيلة في جوازها أن يستأجر موضعًا من الأرض فيضرب فيه فسطاطًا أو ليجعله حظيرة لغنمه فتصح الإجارة، ويبيح صاحب المرعى له الانتفاع بالمرعى.

قال محمد في كتاب الشرب: إذا استأجر الرجل مرعى لدوابه بعبد أو أمة أو ثوب أو دراهم مسماة سنة فرعى في تلك السنة فالأجارة باطلة، ولا ضمان عليه فيما رعاه، فإن كان الذي أجر المرعي قد قبض العبد وأعتقه أو باعه، فبيعه وعتقه جائز؛ لأنه أعتق وباع ما يملكه بعقد فاسد.

فإن قيل: ينبغي ألا يملك العبد؛ لأن الإجارة وردت على العين والإجارة لا تنعقد على العين أصلا لا جائزًا ولا فاسدًا.

ألا ترى أن من استأجر نخيلا ليجز ثمرته بعبد وقبض المؤاجر العبد لا يملك؛ لأن الإجارة لم تنعقد أصلا؛ لأنها وردت على العين من كل وجه، وهنا الإجارة كما وردت على العين وردت على المنفعة بأن الدواب تكون في المرعى حالة الرعي، والاستئجار الأرض لكينونة الدواب فيها جائز؛ لأنه ورد على المنفعة، فما يخص[2] المنفعة يكون إجارة، وما يخص الكلأ يكون بيعا فاسدًا قد شرط هذا البيع الفاسد في الإجارة فكانت الإجارة فاسدة.

بخلاف مسألة النخيل؛ لأنه ثمة الإجارة وردت على العين من كل وجه فلم ترد على المنفعة بوجه ما، فلم ينعقد أصلا.

فإن قيل: إذا وردت الإجارة على المنفعة والعين كان ينبغي أن تجوز بحصة المنفعة وتصير العين تبعا للمنفعة. كما لو استأجر ظئرا لترضع ولده.

قلنا: الحبر إنما اعتبر تبعا؛ لأن الكتابة لا تتصور بدونها، فالإجارة وردت على الكتابة فاعتبر الحبر تبعا، فأما كينونة الدواب في هذه الأرض تتصور بدونها، والإجارة وردت على الكتابة فاعتبر الحبر تبعا، فأما كينونة الدواب في هذه الأرض

(١) في أ، ز: والماء. (٢) في ز: يختص.

تتصور من غير رعي، فإنه لو استأجرها لكينونة الدواب فيها ولم يكن ثم كلأ كان جائزًا، فلما تصور كينونة الدواب فيها من غير كلأ اعتبر الكلأ مقصودا لا تبعا.

وإذا اتخذ الرجل مشرعة على شاطئ الفرات ليسقي منها السقاءون.

ويأخذ منهم الأجر، فهذا على وجهين:

إما أن بنى هذه المشرعة على ملكه، أو بنى على ملك عامة الناس.

فإن بنى على ملك نفسه إن أجرها منهم للاستقاء(١) لم يجز، وإن أجر ما ملكه؛ لأن الإجارة وقعت على استهلاك المنفعة مقصودا، وإن أجرها ليقوم فيها السقاءون ويضعون القرب فيها ويوقفون فيها الدواب جاز؛ لأنه أجر ملكه لمنفعة معلومة ببدل معلوم.

وأما إذا بنى المشرعة على ملك العامة ثم أجرها من السقائين لا يجوز سواء أجر منهم ليقوموا فيها ويضعون القرب لا يجوز في الأحوال كلها.

أما إذا أجر للاستقاء؛ لأنه أجر ما لا يملكه؛ لأن هذا المكان ببناء المشربة عليه لم يصر ملكا له؛ لأنه لعامة المسلمين ولم ينقطع ارتفاق العامة عنه لا يصير مملوكا بالإحياء، وإذا لم يملكه بما صنع فقد أجر موضعا لا يملكه للاستقاء. ولو أجر موضعا يملكه للاستقاء، لا يجوز فهذا أولى.

وأما إذا أجر منهم لوضع القرب وما أشبه فكذلك لا يجوز الإجارة حتى لا يستوجب عليهم الأجر؛ لأن هذا المكان بقي على ملك العامة ولهم حق الانتفاع به، فكل من استأجره فإنما استأجره موضعا له حق فيه من غير إجارة، فكان بمنزلة ما لو أجر ملك إنسان من صاحب الملك وذلك لا يجوز فكذا هذا.

فإن قيل: للأجير حق الانتفاع بهذا المكان وفي الإجارة نوع انتفاع له.

قلنا: للأجير الانتفاع بشرط ألا يضر بالغير، ومتى استوجب الأجر فقد أضر بالغير وليس له مثل هذا الانتفاع.

---

(١) في ز: للاسقاء.

قال محمد: وإذا استأجر [الرجل][١] دراهم أو دنانير أو حنطة أو شعيرًا أو ما أشبه ذلك من الوزنيات [أو][٢] الكيليات ليعمل بها كل شهر بدرهم لا تجوز؛ لأن الإجارة جوزت بخلاف القياس لمنفعة مقصودة من الأعيان، والمنفعة المقصودة من المكيلات والموزونات لا يمكن استيفاؤها إلا باستهلاكها فتكون هذه الإجارة معقودة[٣] على استهلاك العين، والإجارة لا تنعقد على استهلاك العين.

ولو استأجر الدراهم أو الدنانير شهرًا ليزن بها أو استأجر الحنطة أو الشعير ليعير بها مكياله ذكر في «الأصل» أنه يجوز، قال أبو الحسن الكرخي رحمه الله: وعندي أنه لا يجوز.

وبعض مشايخنا قالوا: ما ذكر في «الأصل» محمول على ما إذا استأجرها ليعبر بهما[٤] مكيالًا لا بعينه، [وما ذكر أبو الحسن محمول على ما إذا استأجرها ليعبر بهما مكيالًا بعينه][٥].

وبعضهم قالوا: في المسألة روايتان، وجه الجواز أن هذه منفعة مطلوبة. وجه عدم الجواز أن هذه المنفعة ليست بمقصودة من هذه الأعيان فلا تصح الإجارة عليها، ولو استأجر الدراهم أو الحنطة يومًا مطلقًا ولم يبّين لماذا استأجرها؟ لم يذكر هذه المسألة في «الأصل».

قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده: ولقائل أن يقول: يجوز ويحمل على الانتفاع بهما[٦] وزنًا احتيالًا لجواز العقد، ولقائل أن يقول: لا يجوز وإليه مال الكرخيّ رحمه الله لأنا وإن حملناه على الانتفاع [بهما][٧] وزنًا لا يجوز العقد على قول الكرخيّ على ما مرّ.

وعن أبي القاسم الصفار رحمه الله: إذا استأجر منه حجر ميزان كل يوم أو كل

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) في أ، ز: مقصودة.
(٤) في ز: بها.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) في أ، ز: بها.
(٧) سقط في أ، ز.

شهر بدرهمين هل يجب الأجر؟

قال: إن كان ذلك حجرا كما ذكر وليس له قيمة لا يجب الأجر ولا تجوز هذه الإجارة وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في باب الإجارة الفاسدة في تعليل مسألة لو استأجر حجرا ليزن به يوما إلى الليل جاز هكذا ذكر بعض مشايخنا - رحمهم الله -.

وإذا استأجر الرّجل نخلاً [أو شجرًا](١) على أن يكون ما أثمر للمستأجر لا يجوز؛ لأن هذه إجارة عقدت على استحقاق العين ومحل الإجارة المنفعة دون العين على ما مرّ، فلا يمكن العمل بحقيقة الإجارة، ولا يمكن أن تجعل مجازًا عن البيع؛ لأن الإجارة لا تصير سببًا لملك الرقبة قط، فكيف يمكن أن تجعل كناية عن البيع، وإذا أطلق الإجارة على النخيل إطلاقًا ولم يشترط شيئا، لم يذكر محمّد هذه المسألة في «الأصل».

قال شيخ الإسلام رحمه الله: ولقائل أن يقول: يجوز وتصرف الإجارة إلى منفعة محضة تتحقق من الأشجار مع بقاء العين كبسط الثياب على أغصانها أو شد الدابة بها، والإجارة على مثل هذه المنفعة جائزة.

وقد ذكرنا مسألة استئجار النخيل لبسط الثياب عليها وما فيها من الاختلاف مع أجناسها فيما تقدم.

ولو استأجر سطحًا ليبيت عليه شهرًا ذكر في كتاب الصلح وفي بعض روايات كتاب الإجارات أنه يجوز(٢)، وذكر في بعض المواضع أنه لا يجوز، فمن مشايخنا من وفق فقال: ما ذكر في كتاب الصلح وفي بعض روايات كتاب الإجارات محمول على ما إذا كان العلو مسقفًا أو إن لم يكن مسقفًا يكون محجرًا، بأن يدور عليه الحائط؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة فهو موضع السكنى عادة فجاز الاستئجار للبيتوتة عليه.

(١) في أ: وثمرا.

(٢) في أ، ز: لا يجوز.

و[ما][(١)] ذكر في بعض المواضع محمول على ما إذا لم يكن مسقفًا ولا محجرًا؛ لأنه[(٢)] إذا لم يكن بهذه الصفة، فهو ليس موضع السكنى عادة فلا يجوز الاستئجار للبيتوتة عليه.

ومن المشايخ من قال: في المسألة روايتان. ومن المشايخ من رد ما ذكر في بعض المواضع، وقال: يجوز استئجار السطح للبيتوتة على كل حال، وإطلاق لفظ كتاب الصلح، وفي بعض روايات كتاب الإجارات يدل عليه، ووجه ذلك أن السّطح مسكن يمكن السكنى فيه بنصب خيمة أو ما أشبهه، فتجوز الإجارة عليه.

وإذا استأجر القاضي رجلاً ليقوم عليه في مجلس القضاء شهرًا بأجر مسمى، فهو جائز؛ لأنه استأجره مدّة معلومة بأجر معلوم لعمل مباح وهو قيامه في مجلسه فيصح كما لو استأجره شهرًا للخدمة، ويدخل في ذلك الحدود والقصاص؛ لأنه مجرد القيام في مجلسه لا يفيد القاضي، والإجارة لا تنعقد بما لا فائدة فيه للمستأجر، وإنما يفيده القيام في مجلسه إذا قام لبعض[(٣)] ما يعرض للقاضي من هذه الأسباب فصار القيام بإقامة هذه [الأسباب][(٤)] مستحقًا للقاضي ثمرة من ثمرات ما وقعت عليه الإجارة، وهو القيام في مجلسه لا أن يكون [هذا][(٥)] معقودًا عليه حتى لا تجوز الإجارة عليه.

ولو استأجره القاضي لإقامة الحدود خاصّة أو لاستيفاء القصاص خاصة إن لم يذكر لذلك مدّة لا شك أنه لا يجوز الإجارة، وإن ذكر لذلك مدّة لم يذكر محمّد رحمه الله في «الكتاب» هذا الفصل.

وذكر الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله في كتابه أنه يجوز، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني[(٦)]، والشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي في «شرح كتاب الإجارات».

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) في ز: إلا أنه.
(٣) في ز: ببعض.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) في أ، ز: السرخسي.

[وذكر الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام المعروف بخواهرزاده في «شرح كتاب الإجارات»][١] أنه لا يجوز، وإنما اختلفوا لاختلافهم في علة عدم الجواز إذا لم يذكر لذلك مّدة فالكرخي ومن تابعه قالوا: إذا لم يذكر لذلك من مدّة إنما لم يجز؛ لأن المعقود عليه العمل وإنه مجهول لا يدرى كم يوجد ومع الجهالة فيه خطر لا يدرى أيوجد أو لا يوجد، وهذا المعنى لا يتأتى [فيما][٢] إذا ذكر لذلك مّدة؛ لأن عند ذكر المّدة المعقود عليه تسليم النفس لا العمل، والشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام قال: إذا لم يذكر لذلك مدة إنما لا يجوز إما لإقامة الحدود، فلأنها طاعة والاستئجار على الطاعة لا يجوز.

وإن ذكر لذلك مّدة. كما لو استأجر رجلاً سنة ليعلم ولده القرآن، وإما لاستيفاء القصاص [إنما][٣] لا يجوز كيلا يصير الأجير كالمستوفي لنفسه من وجه حتى لا يستحق بإزائه أجرًا، وسنقرر هذا المعنى بعد هذا إن شاء الله تعالى. هذا المعنى موجود فيما إذا ذكر لذلك مّدة ولعدم الجواز.

لاستيفاء القصاص معان كثيرة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى وكل ذلك لا يوجب الفصل لذكر المدة وعدم ذكرها.

وإذا قضى القاضي لرجل على رجل بالقصاص بالنفس، فاستأجر المقضي له رجلاً ليستوفي ذلك على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يجوز. وعلى قول محمد رحمه الله يجوز، وفيما دون النفس تجوز [الإجارة][٤] بالإجماع.

محمد رحمه الله يقول: استأجره لعمل معلوم وهو حز الرقبة، فيجوز قياسًا على ما لو استأجره لذبح[٥] شاة له أو استأجره لاستيفاء القصاص فيما دون النفس.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - معان أحدها: أن القصاص مما لا يجري فيه التمليك، فإنه لو وهب من غير القاتل أو باع لم يجز ومتى انعقدت

---

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ، ز.
(٥) في ز: ليذبح.

الإجارة على القتل ووجب البدل له، إما[١] المسمى، أو أجر المثل يثبت التمليك من حيث المعنى؛ [لأن الأجير فيما يعمل كالعامل لنفسه من حيث][٢] إنه يأخذ لذلك أجرًا فيصير من وجه كالمستوفي لنفسه، فيحصل له نوع ملك، والقتل لا يقبل ذلك، فلم يجب البدل حتى يكون معينًا له في القتل من كل وجه فلا يثبت [له][٣] معنى التمليك، وهذا معنى [ما يقول][٤] في «الكتاب»: (إن القتل ليس بعمل) أي: ليس بعمل [يجوز فيه] [٥]أخذ الأجر عليه، فأما لا شك أنه عمل في نفسه ومن سلك هذه الطريقة سلم الإجارة على ذبح الشاة فإنه متى استحق به أجرا، [ثبت الملك من حيث المعنى][٦] أكثر ما في الباب أنه يصير كالذابح لنفسه من وجه، ولكن الذابح لنفسه من كل وجه من جهته جائز بأن ملك الشاة منه فكذا يجوز من وجه، بأن استأجره للذبح بخلاف القصاص فيما دون النفس؛ لأن له حكم المال حتى جاز للوصي استيفاؤه وجاز القضاء بالنكول عند أبي حنيفة رحمه الله واعتبر فيه التساوي والتكافؤ ولو كان مالًا من كل وجه جاز التمليك من كل وجه.

فإذا كان له حكم المال من وجه، جاز التمليك من وجه بخلاف القصاص في النفس؛ لأنه ليس له حكم المال بوجه [ما][٧]، فإذا لم يكن له حكم المال لا يكون [قابلًا][٨] للتمليك بوجه ما، ومتى صحت الإجارة يثبت للأجير نوع ملك من حيث المعنى على ما بينا فامتنع جواز الإجارة.

المعنى الثاني: أن القياس يأبى جواز الإجارة، وإنما جوزنا لتعامل الناس باعتبار حاجتهم، ولا تعامل في الاستئجار على قتل النفس فبقي على أصل القياس.

خرج على هذا الاستئجار على قطع الطرف؛ لأن فيه تعاملًا؛ ألا ترى أن الأطباء يقطعون أطراف الناس بالأجر لأكلة وقعت فيه، ومن سلك هذه الطريقة، سلم

---

(١) في أ، ز: أو.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في ز: القول.
(٥) في ز: فلا يجوز.
(٦) سقط في أ، ز.
(٧) سقط في ز.
(٨) سقط في ز.

الإجارة على ذبح الشاة؛ لأن الناس تعاملوا الإجارة على ذبح الشاة.

المعنى الثالث: أن الإجارة عقدت على عمله وعلى عمل غيره؛ لأن في القتل شيئان: قطع الحلقوم والأوداج، وزهوق الروح، والقطع إن كان من فعل الأجير فزهوق الروح من فعل الله(١) تعالى، ومثل(٢) هذه الإجارة لا يجوز، كما لو استأجر ليبيع له ويشتري ولم يذكر لذلك مدة، ومن سلك هذه الطريقة يقول: لا يجوز الاستئجار على ذبح الشاة، هكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله تعالى - في [شرح](٣) السير الكبير، وعلل لهما؛ القتل مجهول قد يكون بحز الرقبة، وقد يكون بالقد بنصفين، وقد يموت(٤) الرجل بضربة واحدة، وقد يموت بضربات، فهذا استئجار على فعل مجهول فلا يجوز، بخلاف قطع الطرف؛ لأن قطع الطرف لا يكون إلا بطريق واحد، فكان استئجارًا على فعل معلوم، ومن سلك هذه الطريقة يسلم مسألة الذبح؛ لأنه فعل معلوم في نفسه وهو قطع الودجين والحلقوم، حتى لو استأجر على قتل الشاة لا يجوز أيضا، ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله: إذا قتل هذا الأجير ذلك الرجل كما لا يجب له المسمى لا يجب له أجر المثل.

فرق بين هذا وبين ما إذا استأجر رجلا ليبيع له ويشتري ولم يبين لذلك مدة، فباع الأجير أو اشترى فإنه يجب أجر المثل.

والوجه في ذلك: أن أجر المثل إنما يجب في الإجارة اعتبارًا بالإجارة الجائزة، وإنما يجب في إجارة فاسدة من جنسها إجارة جائزة، وفي البيع من جنس الإجارة الفاسدة إجارة جائزة، فإنه وإن بين الوقت لذلك لا تجوز الإجارة على قياس العبارة الثانية؛ لأنها غير متعاملة، وعلى قياس العبارة الثالثة تجوز كما في الاستئجار على البيع والشراء؛ ولهذا لم يجب أجر المثل كما لم يجب المسمى.

---

(١) في أ: الإله.
(٢) في ز: وفي مثل.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: يكون.

قال محمد رحمه الله في السير في باب من القتل الذي يستحق بالقتل فلا يستحق إذا اختلف فيه: إذا قتل بطريق القوم قال الأمير: فمن جاء برأسه حتى ينصبه فيعلموا أن رئيسهم قد قتل فيتفرقون فله كذا، فذهب رجل وجاء برأسه فلا شيء له إذا كان المشركون قد تنحوا عن ذلك، ولا يحتاج في المجيء برأس البطريق إلى القتال، وكان ينبغي أن يكون ما سمى له الأمير؛ لأنه استأجره لعمل معلوم فيه منفعة للمسلمين وليس هو من أعمال الجهاد إذا كان لا يحتاج فيه إلى القتال، والاستئجار على مثل هذا العمل جائز.

والجواب: أن هذا الاستئجار لم ينعقد أصلا لا بوصف الصحة ولا بوصف الفساد؛ لأن الأجر مجهول على الجهالة وفي مثل هذا لا تنعقد الإجارة أصلا كما قال الأمير: استأجرت واحدا من أهل العسكر حتى يجيء برأس البطريق لم يعين أحدا، وهذه[1] الإجارة إنما تنعقد بوصف الصحة أو الفساد إذا وجد الإيجاب والقبول، وهنا إن وجد الإيجاب من الأمير لم يوجد القبول من الأجير إذا كان الأجير واحدًا لا بعينه، إنما يوجد إذا وجد القبول من جملة أهل العسكر لا من الأجير وتعذر اعتبار القبول من أهل العسكر لكثرتهم[2]، فلم تنعقد هذه الإجارة أصلا فلا يوجب شيئا، ولو كان الأمير عين واحدًا من أهل العسكر فقال له: إن جئتني برأسه فلك كذا، فذهب ذلك الرجل وذهب برأسه أو قال الأمير: لجماعة بأعيانهم. هذه المسألة قد تقدمت بجميع فروعها من قبل هذه الفصول وفيها اختلاف المشايخ.

إذا استأجر سنورًا لأخذ الفأرة لا يجوز، ولو استأجر كلبًا أو بازيًا ليصيد به ذكر في أضاحي الزعفراني أنه يجوز؛ لأن الأول ليس من إجارات الناس، والثاني من إجاراتهم.

وذكر القدوريّ مسألة الكلب والبازي، وقال: لا يجوز؛ لأنه لا يقدر على تسليم

(١) في أ: وهذا لأن. (٢) في ز: أكثرهم.

المعقود عليه فإنه لا يمكن إجبار الكلب والبازي على الصّيد.

وقال في «المنتقى»: وكذلك إذا استأجر ديكًا ليصيح لم يجز، وذكر ثمة أصلاً فقال: كل شيء من هذا يكون فيه من غير فعل أحد لا يستطيع الإنسان أن يضربه حتى[1] يفعل فلا يجوز البيع فيه والإجارة.

ولو استأجر فحلاً للإنزاء فهو باطل؛ لقوله عليه السلام «وإن من السحت ثمن الكلب ومهر البغي وعسب التيس»[2] والمراد به أخذ الأجرة؛ ولأن نفس الإنزاء ليس بمقصود، وإنما المقصود الإعلاق وليس في وسعه إيفاؤه.

وعن أبي يوسف فيمن استأجر ثيابًا ليبسطها في بيت ولا يجلس عليها أن الإجارة فاسدة؛ لأن هذه ليست بمنفعة مقصودة، والإجارة جوزت بخلاف القياس؛ [لتحصيل منفعة][3] مقصودة، وكذا روي عن محمد رحمه الله فيمن استأجر دابة ليجنبها يتزين بها فلا أجر لها؛ لأن قود[4] الدابة ليست بمنفعة مقصودة.

وفي «المنتقى»: إذا استأجر تيسًا أو كبشًا للدلالة ليسوق به الغنم لا يجوز.

وفي «القدوريّ»: لو استأجر شاة ليرضع بها جديًا أو صبيًا لم يجز وليس هذا كالآدمي، ومن استأجر من آخر عبدًا أو دابة وشرط على المستأجر طعام العبد أو علف الدابة، لم يجز؛ لأن ما شرط يصير أجرة، وإنه مجهول وجهالة الأجر توجب

---

(١) في أ، ز: فلا.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/١٢٩) كتاب الإجارات، باب: الجعل على الحجامة، والخطيب في التاريخ (١/٣٣٩) كلاهما من طريق رباح بن أبي معروف عن عطاء عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن من السحت كسب الحجام» لفظ الطحاوي، ولفظ الخطيب: «من السحت كسب الحجام، وثمن الكلب، ومهر البغي»، وأخرجه أحمد (٢/٢٩٩، ٣٣٢، ٣٤٧، ٤١٥، ٥٠٠) من طريق آخر عن أبي هريرة بلفظ: «نهى رسول الله ﷺ عن كسب الحجام، وثمن الكلب، وكسب البغي»، وأخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده (٤٣٣ - بغية) قال: حدثنا أبو النضر ثنا أبو معاوية يعني شيبان عن ليث عن عطاء عن أبي هريرة به مرفوعًا: «أربع كلهن من السحت مهر البغي، وثمن الكلب، وكسب الحجام، وضراب الفحل».

(٣) في ز: لمنفعة.

(٤) في أ، ز: ترك.

فساد الإجارة، وعلى هذا إذا استأجر عبدًا كل شهر بأجر معلوم وطعامه أو استأجر دابة كل شهر بأجر معلوم وعلفها لا تجوز؛ لأن بعض الأجر مجهول ومعنى آخر من هذه المسائل أنه شرط شرطًا لا يقتضيه العقد؛ لأن طعام العبد المستأجر وعلف الدابة المستأجرة على الآجر على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ومثل هذا الشرط يوجب فساد الإجارة.

وفي «المنتقى»: استأجر سيفًا شهرًا ليتقلد به أو استأجر قوسًا شهرًا ليرمي عنه يجوز، وإذا استأجر وتدًا ليتد به، ذكر هذه المسألة في «المنتقى» بهذه العبارة [في موضع وذكر][١] أنه يجوز [وذكر في موضع آخر][٢] إذا استأجر وتدًا، ليعلق به بعض أمتعته لا تجوز هذه الإجارة.

ولو استأجر قومًا يحملون [الجنازة][٣] أو يغسلون ميتًا، فإن كان في موضع لا يجد من يغسله غير هؤلاء فلا أجر لهم، وإن كان ثمة أناس أخر غيرهم فلهم الأجر؛ لأن في الوجه الأول أقاموا فرضا وهم متعينون له، ولا كذلك الوجه الثاني.

إذا استأجر أرضا لينصب فيها الشبكة للصيد جاز إن وقت ذكره والعيون.

إذا استأجر أرضا ليلبن فيها فالإجارة فاسدة؛ لأنها وقعت على العين، واللبن كله للباني[٤] وعليه قيمة التراب إن كان له قيمة وأجرة الأرض وإن لم يكن للتراب قيمة في ذلك الموضع وكان في رفع التراب منفعة لرب الأرض فلا شيء عليه.

* * *

(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) في ز: للبان.

فهرس المحتويات

كتاب الصرف

كتاب المداينات

كتاب الحوالة

كتاب الصلح

كتاب الرهن

كتاب المضاربة

كتاب الإجارات

❋ ❋ ❋